

Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil

Javier Llobet Rodríguez

Separata de

***Estudios sobre Justicia Penal.
Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier***

David Baigún *et al.*, Editores del Puerto,
Buenos Aires, 2005.

Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil

por Javier Llobet Rodríguez*

I. Concepto de justicia restaurativa

Cuando se habla de justicia restaurativa se hace mención a un movimiento surgido principalmente en los Estados Unidos y Canadá en la década de los setenta del siglo pasado en relación con la delincuencia juvenil, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que ésta debe intervenir en la resolución del conflicto, ello a través de una mediación comunitaria, en la que interviene por el otro lado el autor del hecho delictivo. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación víctima-autor, más que a la imposición de una sanción o pena¹.

En la justicia restaurativa se dice que el hecho delictivo se concibe como un quebrantamiento a la paz. De acuerdo con ello, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un crimen, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello, tan pronto como sea posible. Desde esa perspectiva se le asigna al gobierno la obligación de preservar un orden justo y a las comunidades, en cuanto intervienen en la mediación propia de la justicia restaurativa, el restablecimiento de la paz².

Es importante anotar que con la justicia restaurativa se hace referencia en general a una serie de principios sobre los que ella se basa, pero que los diversos programas existentes presentan importantes diferencias entre sí³. Así en los últimos años se ha ampliado el marco en que opera la justicia restaurativa, de modo que diversos programas involucran no solamente a la víctima y al autor, sino también a sus familiares y hasta a la comunidad.

II. Los primeros proyectos de justicia restaurativa

Los proyectos de conciliación delincuente-víctima tuvieron aplicación inicialmente en Canadá y los Estados Unidos a partir de 1972, dentro del marco de la *diversion* prece-

* LLM. Consultor de ILANUD en Derecho Penal Juvenil. Profesor de la Universidad de Costa Rica. Juez del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica.

¹ Sobre la justicia restaurativa, cf. MORRIS, Allison y MAXWELL, Gabrielle (eds.), *Restorative Justice for Juveniles*, Hart Publishing, Portland, 2002; BAZEMORE, Gordon y WALGRAVE, Lode (eds.), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, Willow Tree Press, Monsey, 1999; McCOLD, Paul y WACHTEL, Ted, *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, en www.restorativepractices.org/Pages/paradigm; ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 365-367; RIVERO LLANO, Abelardo, *La victimología: ¿un problema criminológico?*, Ed. Jurídica Radar, Bogotá, 1997, ps. 341-344; PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999, ps. 15-18.

² Sobre ello, BAZEMORE, Gordon y WALGRAVE, Lode, *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, en BAZEMORE y WALGRAVE (eds.), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, cit., ps. 54-57; VAN NESS, Daniel; MORRIS, Allison y MAXWELL, Gabrielle, *Introducing Restorative Justice*, en MORRIS y MAXWELL (eds.), *Restorative Justice for Juveniles*, cit., ps. 5-6.

³ Con respecto a ello, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 995.

dente, habiendo tenido aplicación en el Derecho penal juvenil. En estos proyectos tuvieron gran influencia grupos religiosos, como los menonitas⁴ y los cuáqueros⁵. Se señala que el primer proyecto de justicia restaurativa se dio en Kitchener, Ontario, en relación con dos jóvenes que fueron capturados luego de una parranda vandálica, en la que habrían causado daños a unas veintidós propiedades. En este caso los jóvenes fueron enviados a conversar con las víctimas y a llegar a un arreglo con ellas para el pago de los daños causados. En definitiva dichos jóvenes pudieron restituir el daño en forma progresiva. Debido al éxito logrado, se inició en Kitchener un programa de reconciliación entre víctimas y ofensores⁶. Sobre la base de esa experiencia, en Elkhart, Indiana, empezó en 1978-1979 un programa a pequeña escala, a cargo de oficiales de libertad condicional⁷.

Debe resaltarse que la previsión como regla de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por los fiscales en los Estados Unidos, en donde no rige el principio de legalidad con respecto a dicha acción, ha hecho que las ideas de justicia restaurativa se hayan visto favorecidas, puesto que da un gran ámbito discrecional para su aplicación⁸. Por otro lado, el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa en el Derecho penal juvenil fue facilitado por las características de dicho Derecho, que lo han hecho favorable a la *diversion* con o sin intervención, para evitar los efectos estigmatizantes que tiene la privación de libertad⁹.

III. La crisis de la justicia juvenil en Estados Unidos y el surgimiento de los proyectos de justicia restaurativa

Es importante agregar que en lo relativo a la justicia penal juvenil, el caso “Gault”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1967, había resaltado el hecho de que con la argumentación de que se trataba de proteger a los jóvenes, en la justicia juvenil se llegaba en definitiva a una intervención mucho más fuerte que la que ocurría en la justicia penal de adultos, no respetándose las garantías mínimas del debido proceso. El caso “Gault” puso en crisis la concepción que se había sostenido de la justicia juvenil hasta ese entonces, que partía de que en definitiva no eran importantes las garantías al joven, puesto que todo era en su beneficio, al tratarse de salvarlo¹⁰. En la resolución del caso

⁴ Sobre ello véase DÜNKEL, Frieder, *La conciliación del delincuente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y la práctica en el Derecho comparado*, en BERISTAIN (ed.), Ed. del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 120; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, cit., p. 16.

⁵ Cf. DÜNKEL, *La conciliación del delincuente víctima*, cit., p. 120.

⁶ Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala, en <http://www.clai.org.ec/DOCS/Guatemala/ResConflictos.htm>.

⁷ Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala; DÜNKEL, *La conciliación del delincuente víctima*, cit., p. 120.

⁸ Cf. WEIGEND, Thomas, *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*, en MschrKrim (Alemania), Heft 2/3, 1992, p. 106.

⁹ Como antecedentes relacionados con la *diversion* debe mencionarse el proyecto Highfields llevado a cabo en los Estados Unidos en la década de los cincuenta del siglo pasado, el que trató de evitar sobre todo la privación de libertad en la justicia juvenil, aunque fundamentalmente en relación con la condena condicional de la pena, relacionada más con la *probation*, que con la *diversion*. Cf. LAMMEK, Siegfried, *Neue Teorien abweichenden Verhaltens*, W. Fink, Munich, 1994, p. 276. Por otro lado, de gran importancia en los Estados Unidos fue el proyecto presentado en 1967 por la Comisión de Aplicación del Derecho y Administración de Justicia, que estableció que con respecto a los jóvenes debían evitarse sanciones formales, debiendo utilizarse sanciones menos gravosas.

¹⁰ *In re “Gault”* (387 US.1). Véase el texto de la resolución del caso *In re “Gault”* en BARKER, Licius y BARKER, Twiley, *Civil liberties and the Constitution*, Nueva Jersey, 1982, ps. 362-369. Sobre el caso “Gault”, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Garantías en el proceso penal juvenil*, en TIFFER SOTOMAYOR, Carlos; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DÜNKEL, Frieder, *Derecho penal juvenil*, Ed. ILANUD/DAAD, San José, 2002, ps. 145-149; ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal*, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 226; FLETCHER, George, *Basic Concepts of Criminal Law*, Ox-

“Gault” no se puso en duda expresamente la ideología del tratamiento, que imperaba en la justicia penal juvenil, habiendo tenido su auge principalmente en las décadas de los años cincuenta y sesenta. En dicha ideología se expresaba la confianza en que a través de la intervención de un equipo interdisciplinario de profesionales podría obtenerse la rehabilitación de los delincuentes, en especial de los juveniles. Sin embargo, en 1974 MARTINSON publicó un artículo titulado *¿Qué funciona? Preguntas y respuestas acerca de la reforma de la prisión?*, en donde indicó que con pocas excepciones aisladas, los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados lejanamente han tenido un efecto apreciable. Formuló en ese artículo la expresión “Nada funciona” (*Nothing works*), que adquirió una gran difusión¹¹.

El escepticismo en relación con la sanción privativa de libertad produjo una crisis de la justicia penal juvenil en los Estados Unidos, que se tradujo en el auge del neoclasicismo, llevando a un vuelta de las ideas retribucionistas, lo mismo que de las ideas de prevención general negativa, que han producido a un endurecimiento del Derecho penal, incluyendo el Derecho penal juvenil. Ello ha conducido a una tendencia en los Estados Unidos al juzgamiento de los jóvenes como adultos, al cumplimiento de la sanción junto con adultos e incluso a la aplicación de la pena de muerte a menores de edad¹².

Sin embargo, en forma paralela, el escepticismo con la sanción privativa de libertad condujo en los Estados Unidos al auge de las ideas de la justicia restaurativa¹³, que surgen como una concepción que se enfrenta a la justicia penal tradicional, que se dice basada en ideas retributivas. Así, la concepción de la justicia restaurativa se ha concebido como un nuevo paradigma que debe ser diferenciado de la justicia rehabilitadora, relacionada con la ideología del tratamiento, lo mismo que de la justicia retributiva, como es que desde la perspectiva de la justicia restauradora se llega a caracterizar a la justicia penal y a la imposición de una pena en ésta¹⁴. Debe tenerse en cuenta que la justicia restaurativa se da como parte de lo que en Estados Unidos se ha llamado la crisis de la justicia penal juvenil, debido al auge de las ideas retributivas en relación con el juzgamiento de la delincuencia juvenil, lo mismo que al escepticismo frente a las ideas rehabilitadoras, que habían tenido especial acogida en el Derecho penal juvenil¹⁵.

fort University Press, Nueva York/Oxford, 1998, ps. 26-27; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 51; PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño*. Ed. Siglo XXI, México, 1982, ps. 173-176; BURT, Robert, *La constitución de la familia*, en BELOFF, Mary (ed.), *Derecho, infancia y familia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000, ps. 53-58. Sin embargo, no se llegó a reconocer el derecho de los jóvenes a un jurado, el que dentro del Derecho de los Estados Unidos ha tenido una gran trascendencia. La negación de ese derecho se dispuso, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Mc. Keiver* en contra de Pennsylvania y *In re Burrus* (403 U.S. 528. 1971). Cf. BARKER y BARKER, *Civil liberties and the Constitution*, cit., p. 319.

¹¹ Citado por ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, trad. de BUSTOS y HORMAZÁBAL, Ed. PPU, Barcelona, 1992, p. 20. Con respecto a las críticas de MARTINSON, cf. BAZEMORE, Gordon, *After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation*, en BAZEMORE y WALGRAVE (eds.), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, cit., ps. 156-159.

¹² Una crítica a ello en LLOBET RODRÍGUEZ, *Garantías en el proceso penal juvenil*, cit., ps. 18-20.

¹³ Sobre estas tendencias paradójicas indica Frieder DÜNKEL: “En el transcurso de los últimos años se observó sobre todo en Estados Unidos, una decisión sobre las tendencias a poner en marcha, de cara a la criminalidad grave y reiterada de jóvenes, un derecho penal de adultos más severo. El uso creciente de tales decisiones ‘waiver’, corresponde a una evolución de la política criminal que por un lado intenta el tratar siempre con más moderación los desvíos, por medio de diversion (desjudicialización) y sobre todo evitar el encarcelamiento”. DÜNKEL, Frieder, *Orientaciones de la política criminal en la justicia juvenil*, en TIFFER SOTOMAYOR, LLOBET RODRÍGUEZ y DÜNKEL, *Derecho penal juvenil*, cit., p. 527.

¹⁴ Cf. FELD, Barry, *Rehabilitation, Retribution and Restorative Justice: Alternative Conceptions of Juvenile Justice*, en BAZEMORE y WALGRAVE (eds.), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, cit., ps. 18-44.

¹⁵ Con respecto a la justicia restaurativa como respuesta a la crisis de la justicia juvenil, cf. BAZEMORE, Gordon y WALGRAVE, Lode, *Introduction: Restorative Justice and the International Juvenile Justice Crisis*, en BAZEMORE y WALGRAVE (eds.), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, cit., ps. 1-13.

Las ideas de justicia restaurativa en los Estados Unidos y Canadá han estado relacionadas con organizaciones no gubernamentales, en las cuales voluntarios prestan gratuitamente su labor de mediación, ello fuera del proceso penal. Desde esa perspectiva, la justicia restaurativa se ha llegado a concebir como una alternativa a la justicia penal. Sin embargo, debe reconocerse que los centros de mediación no parten de una clara distinción entre asuntos penales y civiles, funcionando en general como centros para la solución de conflictos¹⁶.

IV. Extensión internacional de las ideas de justicia restaurativa

Los proyectos de justicia restaurativa, los que varían unos de otros en cuanto a requisitos y consecuencias, han llegado a extenderse a diversos países, por ejemplo Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda, Lovaina (en Bélgica), Francia, Italia, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria, Cataluña (en España), Japón, Brasil, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Australia¹⁷.

Las ideas de justicia restaurativa se han extendido en el Derecho penal juvenil latinoamericano, a través de instituciones como la suspensión del proceso a prueba y la conciliación, lo mismo que en el Derecho procesal penal de adultos, como consecuencia del impulso reformador del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988¹⁸.

El auge de las ideas de justicia restaurativa se expresa en la extensión de los programas de mediación víctima-autor, puesto que a pesar de que a finales de la década de los setenta del siglo pasado existían solamente unos pocos programas en Estados Unidos y Canadá, a mediados de los noventa se calculaba la cantidad de programas existentes en unos mil, existiendo aproximadamente 318 en América del Norte y 712 en Europa¹⁹.

V. Justicia restaurativa e interés en la víctima

No puede dejarse de considerar, como antecedente histórico de la justicia restaurativa, que en general se admite que el Derecho penal surge con la neutralización de la víctima, al producirse la monopolización de la justicia penal por el Estado, puesto que antes de ello la víctima tenía un protagonismo en la solución del conflicto surgido por el hecho delictivo, ocupando la reparación del daño un lugar importante para el restablecimiento de la paz social perturbada. Así se ha tendido a mencionar diversas etapas con respecto a la víctima, indicándose que una primera es la del protagonismo de la víctima, luego se da su neutralización, en la que es separada de la forma de solución del conflicto, el que se convierte exclusivamente en un conflicto autor-Estado, y una tercera etapa que se ha denominado como de renacimiento del interés en la víctima, que tiene entre sus facetas el otorgarle protagonismo en la solución del conflicto, propiciando la conciliación víctima-autor y la reparación del daño²⁰. En definitiva, el surgimiento de la justicia restaurativa se da en

¹⁶ WEIGEND, *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*, cit., p. 107.

¹⁷ Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, cit., p. 1016.

¹⁸ Este Código, sin embargo, previó solamente la suspensión del proceso a prueba. A pesar de la importancia en la difusión de las ideas de la justicia restaurativa, solamente en forma parcial es expresión de ellas, puesto que no exige la conformidad de la víctima (art. 83). Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *La reforma procesal penal. Un análisis comparativo latinoamericano-alemán*, Ed. Escuela Judicial, San José, 1993, p. 94. En ello se han apartado en general los Códigos que se han venido aprobando en los últimos años en América Latina.

¹⁹ Cf. UMBREIT, Mark, *Avoiding The Marginalization and "McDonalization" of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream*, en BAZEMORE y WALGRAVE (eds.), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, cit., p. 213.

²⁰ Con respecto a los antecedentes históricos de la justicia restaurativa, WEITEKAMP, Elmar, *The History of Restorative Justice*, en BAZEMORE y WALGRAVE (eds.), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, cit., ps. 75-102.

el marco del llamado renacimiento o redescubrimiento de la víctima²¹, que ocurre principalmente a partir de la década de los setenta del siglo pasado.

Por otro lado, se menciona dentro de los antecedentes de la justicia restaurativa la forma de solución de los conflictos de acuerdo con el Derecho consuetudinario de los grupos indígenas de diversas partes del mundo, que se mantiene hasta hoy. Ello ocurre, por ejemplo, en Australia y Nueva Zelanda²², pero también en otras regiones, por ejemplo en África y América. El desarrollo de la justicia restaurativa con frecuencia pretende rescatar esas formas de solución del conflicto, estudiándolas e imitándolas, recalcando cómo la comunidad en forma pacífica a través del acuerdo logra restablecer la paz perturbada por el hecho delictivo.

En la justicia restaurativa se tiende enfatizar la preocupación fundamental en la víctima, contraponiendo ello con el interés de la justicia penal en el delincuente. Ello se trata de reflejar desde un punto de vista semántico al indicarse en los Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre con frecuencia en Alemania, que se trata de la compensación víctima-autor, en donde la víctima es mencionada primero en la misma denominación²³.

La fundamentación primordial de la justicia restaurativa en el interés de la víctima, debe reconocerse que no sería acorde con el paradigma de la justicia penal juvenil de la doctrina de la protección integral, en cuanto menciona como un principio fundamental el interés superior del niño²⁴. Por ello en la justicia penal juvenil las ideas de justicia restaurativa tienen como principal fundamento el principio educativo, que debe llevar a combatir la estigmatización del joven, evitándose la imposición de una sanción propiamente dicha. A lo anterior se agregan los efectos positivos que tiene el hecho de que el joven asuma la responsabilidad por el hecho que cometió. Esto no debe llevar a desconocer que la justicia restaurativa también opera en el Derecho penal juvenil en interés de las víctimas, siendo por ello expresión de la protección de sus intereses.

VI. Justicia restaurativa y abolicionismo

En Europa las ideas de justicia restaurativa encontraron buen eco en los reclamos formulados desde la perspectiva del abolicionismo, en cuanto ha alegado que la justicia penal expropió el conflicto a los actores del mismo, convirtiéndolo en un conflicto Estado-autor y no en un conflicto autor-víctima²⁵.

²¹ Cf. ESER, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 13-52; STRANG, Heather, *Justice for Victims of Young Offenders: The Centrality of Emotional Harm and Restoration*, en MORRIS y MAXWELL (eds.), *Restorative Justice for Juveniles*, cit., ps. 183-193. Con respecto a ello el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró un proyecto de principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, dijo: "La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto". COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*, Consejo Económico y Social, E/CN.15/2002/5/Add.1, p. 7.

²² Cf. BLAGG, Harry, *Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes from the Australian Frontier*, en MORRIS y MAXWELL (eds.), *Restorative Justice for Juveniles*, cit., ps. 227-242.

²³ WEITEKAMP, Elmar, *Mediation in Europa: Paradoxes, Problems and Promises*, en MORRIS y MAXWELL (eds.), *Restorative Justice for Juveniles*, cit., ps. 145-146.

²⁴ Art. 3, inc. b, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre ello, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *El principio del interés superior del niño en la justicia penal juvenil*, en TIFFER SOTOMAYOR, LLOBET RODRÍGUEZ y DÜNKEL, *Derecho penal juvenil*, cit., ps. 103-138.

²⁵ Cf. CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 157-182; CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984; HULSMAN, Louk y BER-

Dentro de las ideas fundamentales en que se basa la justicia restaurativa se encuentra la concepción de que el delito produce un conflicto, en el que los participantes son fundamentalmente el autor y la víctima, siendo la mejor forma de solución del conflicto el acuerdo entre ambos participantes, logrado a través del diálogo entre ellos. Es importante resaltar los puntos de contacto de esta concepción con el abolicionismo, que ha sido defendido principalmente en Europa, en los países escandinavos, habiendo tenido también una recepción de importancia en América Latina.

La relación entre las ideas de justicia restaurativa y las del abolicionismo penal es clara en cuanto este último ha reclamado en contra de la apropiación del conflicto por el Estado y ha abogado que éste sea devuelto a las partes del conflicto, de modo que se posibilite un acuerdo entre ellas, a través del diálogo²⁶.

Esta influencia del abolicionismo ha llevado en ocasiones a criticar la desjudicialización, que se produce a través de institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, por ser una expresión del abolicionismo²⁷. No se puede negar que un sector de los defensores de la justicia restaurativa asumen posiciones abolicionistas. Sin embargo, debe reconocerse que, en general, los partidarios de la justicia restaurativa no pretenden la eliminación de la justicia penal²⁸, por lo que no llegan al abolicionismo de éste, de modo que el sistema penal se mantiene, dejándose que se produzca una desformalización hacia la obtención de una solución al conflicto por la víctima y el autor, a través del diálogo y acuerdo entre ellos. Así, ello no implica que no continúe existiendo como otra vía el sistema penal, el que opera, debe reconocerse, como un estímulo para que el autor acepte participar en el proceso de mediación y la reparación, puesto que con ello evitará la pro-

NAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984. Sobre el abolicionismo, BOVINO, Alberto, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 261-279; BOVINO, Alberto, *Manual del buen abolicionista*, en "Ciencias Penales", nº 16, Costa Rica, 1999, ps. 47-50; LARRAURI, Elena, *Abolicionismo del Derecho penal. Propuestas del movimiento abolicionista*, en "Poder y Control", nº 3, España, 1987, ps. 95-116; MARTÍNEZ, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1990; PÉREZ PINZÓN, Orlando, *La perspectiva abolicionista*, Ed. Temis, Bogotá, 1989; SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario, *La abolición del sistema penal*, Ed. Editec, San José, 1992, ps. 101-104; ZAFFARONI, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ed. Temis, Bogotá, 1993, ps. 75-88; LASOČEK, Zbigniew; PATEK, Monika y RZEPLINSKA, Irena (eds.), *Abolicionism in History*, Varsovia, 1991.

²⁶ Cf. CHRISTIE, *Los conflictos como pertenencia*, cit., ps. 157-182. Señala Louk HULSMAN: "La víctima no puede detener la 'acción pública' una vez que ésta se 'ha puesto en movimiento', le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podrá asegurarle una reparación aceptable o, lo que es a veces más importante, darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo; ella no participa en absoluto en la búsqueda de las medidas que se adoptarán contra el 'autor'; ignora lo que sucederá a este último durante el tiempo en prisión; no sabe en qué condiciones va a poder sobrevivir su familia; no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias reales del hecho en la vida de ese hombre, de la experiencia, tan negativa, que va a tener en prisión; ignora, asimismo, el rechazo que deberá afrontar a su salida... A menudo la víctima desearía un cara a cara liberador. Incluso la víctima de violencia quisiera tener a veces la ocasión de hablar con su agresor. Quisiera comprender sus motivos, saber por qué es ella quien ha sido atacada. Pero él está en prisión y el cara a cara es imposible". HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, cit., ps. 71-72.

²⁷ Véase la crítica que desde una perspectiva conservadora hizo Fabián VOLIO en Costa Rica; VOLIO, Fabián, *Abolir el abolicionismo*, en "La Nación", San José, 14 de agosto del 2000; VOLIO, Fabián, *Abolicionismo vergonzante*, en "La Nación", San José, 24 de agosto del 2000.

²⁸ Sobre ello, ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, cit., ps. 454-455. Al respecto, el Grupo de Expertos que elaboró el proyecto de principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, dijo que: "(...) las ideas y posibilidades que ofrecía la justicia restaurativa debían considerarse un complemento de las prácticas de justicia penal vigentes e inscribirse en el marco de las prácticas nacionales establecidas y de las circunstancias, sociales, culturales, económicas y de otra índole en las que se desarrollan". Cf. COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*, cit., p. 3.

secución del proceso penal y con ello la eventual imposición de una pena²⁹. Ésta es la concepción de la que parte el Derecho penal juvenil, con base en la Convención sobre los Derechos del Niño y los instrumentos que la complementan, la que no puede ser catalogada como abolicionista, ya que no se pretende la eliminación del Derecho penal juvenil y de la imposición de sanciones a través del mismo, aunque se pretende una restricción de dichas sanciones y la búsqueda de alternativas, cuando es posible, a la imposición de sanciones propiamente dichas, fomentándose con ello la reparación del daño³⁰.

Lo anterior impide que pueda concebirse la justicia restaurativa en forma exclusiva como una forma de satisfacción de la víctima, siendo más bien una tercera vía que se ha creado³¹, tendiente hacia la desformalización y desjudicialización de los conflictos penales. Se agrega a todo ello que si se concibiera al delito exclusivamente como un conflicto víctima-autor, sin reconocerse el interés público que puede existir en la persecución de los delitos, a lo que debería llegarse es precisamente al abolicionismo penal, de modo que las ideas de justicia restaurativa tuvieran totalmente aplicación, no existiendo de ninguna manera una alternativa de una justicia penal, la que debería ser eliminada totalmente, por no tener razón de ser. Ello no necesariamente operaría en el caso de la justicia penal juvenil en beneficio de los jóvenes, puesto que puede favorecer las reacciones de hecho, a lo que ha hecho mención Luigi FERRAJOLI en su crítica al abolicionismo³². De todas maneras es importante anotar que en general los proyectos de justicia restaurativa tienden a eliminar

²⁹ Se ha cuestionado por ello si se quebranta el derecho de abstenerse de declarar, ello en cuanto se da un trato más benigno al que acepta reparar el daño, exigiéndosele generalmente un reconocimiento expreso de su culpabilidad, de modo que cuando el sujeto se niega a ello y se llega a la imposición de una sentencia condenatoria recibe un trato más riguroso. En efecto no puede dejarse de considerar que el imputado "(...) se ve sometido a una propuesta compensatoria, bajo la 'espada de Damocles' de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo -absolución o condena- él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos". MAIER, Julio B. J., *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho penal argentino*, en MAIER, Julio y BINDER, Alberto, *El Derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 47. Esta problemática es resaltada en Alemania por SCHÜNEMANN, citado por WAMBACH, Thomas, *Diskussionsbericht zum ersten Arbeitssitzung (13.3.1989/Vormitag)*, en ESER, Albin; KAISER, Günther y MADLENER, Kurt, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Max Planck Institut für Strafrecht, Friburgo en Brisgovia, 1990, p. 87. Lo anterior es reconocido por el Grupo de Expertos que elaboró el proyecto de principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que indicó: "El Grupo de Expertos era conciente de que la mayor parte de las veces los delincuentes se enfrentaban con la alternativa del enjuiciamiento y el castigo si no participaban, y estimó que, en ese sentido, debía entenderse que la palabra 'coaccionar' se refería únicamente a una coacción extrajudicial o indebida y no a las influencias derivadas de la posibilidad de enjuiciamiento, castigo u otros procedimientos judiciales". Cf. COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*, cit., ps. 9-10. Sobre el tema, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de derecho*, en ARMIGO, Gilbert; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Proceso penal y Constitución*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, ps. 213-217, en donde se indica que en definitiva el trato diverso que se da al imputado que interviene en la conciliación está justificado desde la perspectiva de la teoría de la fijación de la pena, ello siguiendo la concepción del no rebasamiento de la culpabilidad, que permite una sanción menor a la culpabilidad o incluso hasta prescindir de una sanción, cuando existe una falta de necesidad de la pena.

³⁰ Sobre ello, TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*, en TIFFER SOTOMAYOR, LLOBET RODRÍGUEZ y DÜNKEL, *Derecho penal juvenil*, cit., ps. 307-367.

³¹ En contra, BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, ps. 129-131; BOVINO, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, en REYNA ALFARO, Luis Miguel (dir.), *Derecho, proceso penal y victimología*, Ed. del Cuyo, Mendoza, 2003, ps. 430-432.

³² FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, en "Poder y Control", n° 0, España, 1986, ps. 25-48; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 338-341.

la posibilidad de aplicación en los delitos de gran gravedad, lo que es contrario a la adopción de una concepción abolicionista³³.

VII. Justicia restaurativa dentro de los fines de la sanción penal juvenil

En los Estados Unidos y Canadá, debe admitirse, no se persigue en general una justificación de la justicia restaurativa dentro de los fines de la sanción penal, aunque no faltan referencias al respecto. Lo anterior en gran parte debido al carácter práctico que caracteriza al sistema jurídico anglosajón, el que no tiene las preocupaciones teóricas que existen en el sistema continental europeo. Precisamente en Europa se ha integrado la justicia restaurativa dentro del sistema de sanciones penales, llegándosele a considerar como una tercera vía, al lado de las penas y las medidas de seguridad³⁴. Lo anterior ya que debe justificarse por qué la conciliación víctima autor, en los casos en que se autoriza, hace extinguir la acción penal, impidiendo la imposición de una sanción penal propiamente dicha. Así se ha llegado a sostener que los postulados de la justicia restaurativa pueden ser integrados dentro de la concepción sobre las sanciones del Derecho penal juvenil, en particular el fin educativo de las mismas, de modo que se ha considerado que la asunción de la responsabilidad por el joven y su reconocimiento del daño sufrido por la víctima, tiene efectos positivos desde la perspectiva educativa, relacionada en definitiva con la prevención especial positiva. Por otro la-

³³ El Grupo de Expertos que elaboró el proyecto de principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, indicó: “Los procedimientos restaurativos debían adaptarse cuidadosamente si se utilizaban en casos de delitos muy graves, cuando no siempre era posible reparar el daño. En esos casos, los procedimientos restaurativos podían constituir un complemento útil del sistema de justicia penal establecido. A menudo la mera creación de un expediente veraz sobre los hechos acaecidos suponía importantes beneficios psicológicos tanto para los delincuentes como para las víctimas. Un ejemplo era la reciente labor de la Comisión de Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica”. Cf. COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*, cit., p. 7. Debe tenerse en cuenta en cuanto al abolicionismo, que si se desarrolla en forma coherente éste, debería llevar también a la despenalización de las violaciones de derechos humanos por parte de funcionarios estatales o grupos paramilitares, lo que es particularmente grave en la realidad latinoamericana. En este sentido indica Mauricio MARTÍNEZ: “El abolicionismo al tomar sólo el sistema penal ‘visible’, desconoce la existencia de sistemas punitivos paralelos y clandestinos constituidos por escuadrones de la muerte, grupos de autodefensa o comandos paramilitares ligados con las autoridades oficiales y que ha sido una práctica común en la mayoría de Estados latinoamericanos para combatir a lo que conciben como ‘enemigo político’ o incluso a los parias que el Estado mismo engendra”. MARTÍNEZ, *La abolición del sistema penal*, cit., p. 65. Véase también PÉREZ PINZÓN, *La perspectiva abolicionista*, cit., p. 84. Una de las críticas al abolicionismo es precisamente que tiene un carácter utópico, haciendo referencia generalmente a delincuencia bagatelaria, con respecto a la cual debería pensarse en la descriminalización, pero no trata casos de delincuencia violenta privada o estatal. Las dificultades del abolicionismo para tratar los actos de terrorismo han sido reconocidos por el mismo HULSMAN, el que dijo en una entrevista: “Por cuanto se refiere al terrorismo, tengo la impresión que efectivamente, la desaparición del derecho penal comportaría en este campo los mayores problemas. Aun después de la abolición del sistema penal, los mecanismos sustitutivos que podrían afrontar tal problema retomarían casi con seguridad muchos instrumentos típicos del control. Se debería en tal caso buscar una limitación y jurisdiccionalización de su uso. Personalmente pienso que el sistema comprendería, por un lado, los elementos del derecho de guerra y, por otro, elementos bastante próximos al actual derecho penal”. Cita conforme a la traducción que aparece en PAVARINI, Massimo, *El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo*, en “Poder y Control”, nº 1, España, 1987, p. 156, cita al pie 39. Polémico es el *acto de fe* de HULSMAN en el sentido de que “El crimen organizado existe sólo como producto del sistema penal; la desaparición de éste eliminaría también este problema”. En PAVARINI, *El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo*, cit., p. 156, nota al pie 37.

³⁴ Cf. ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., ps. 129-153; ARBEITSKREIS DEUTSCHER, SCHWEIZERISCHER UND ÖSTERREISCHER STRAFRECHTLEHRER, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Verlag C. H. Beck, Munich, 1992; *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, trad. de Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO, Konrad-Adenauer Stiftung y otros, Buenos Aires, 1998; PÉREZ SANZ-BERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, cit.; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; VARONA, Gema, *Mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, Granada, 1998.

do, se reconoce con un carácter secundario que la conciliación tiene efectos de prevención general positiva, realizándose un aporte significativo en la recuperación de la paz jurídica, debido a que solamente cuando el hecho ha sido reparado, la víctima y la generalidad consideran superada la perturbación social generada por el hecho. Se parte así de la innecesariedad de la imposición de una sanción propiamente dicha, ello ya que los fines que se perseguirían a través de ella pueden ser obtenidos a través del acuerdo entre autor y víctima.

Se han realizado diversos estudios con respecto a los efectos preventivos de los proyectos de justicia restaurativa. Así se ha constatado en algunos proyectos de los Estados Unidos que los jóvenes que establecieron contacto con la víctima y realizaron prestaciones de reparación son significativamente menos reincidentes que los jóvenes que no accedieron a establecer los contactos correspondientes en el marco de las penas suspendidas a prueba. Se comprobó que la reincidencia depende de la magnitud de la reparación, de modo que cuando se tuvo que pagar una suma mayor los resultados fueron menos satisfactorios, pues los jóvenes tenían la conciencia de que debían trabajar durante un tiempo demasiado largo para la víctima³⁵.

En otros estudios de los Estados Unidos se comparó la asistencia a prueba tradicional, la suspensión condicional con la obligación de reparar y la pena privativa de libertad y se llegó a la conclusión de que, a la vista de la casi identidad de los índices de reincidencia, desde el punto de la rentabilidad, el programa de reparación era más favorable³⁶.

Se debe ser vigilante en cuanto al desarrollo de la práctica de la justicia restaurativa, para que se constituya realmente en una reducción de la reacción penal estatal, de modo que el principio educativo, que está detrás de dicha justicia, no conduzca, al igual que como ocurría en la doctrina de la situación irregular, a una extensión del control social, llegándose en definitiva a unas “redes más amplias y sutiles”, que ha sido una de las críticas que ha formulado la criminología crítica con respecto a las penas alternativas³⁷.

En la justicia restaurativa es fundamental la participación voluntaria del autor y de la víctima. La necesidad del consentimiento del imputado es enfatizada por las Reglas de Tokio, al indicar: “3.4. Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obliga-

³⁵ Cf. DÜNKEL, *La conciliación del delincuente víctima*, cit., p. 137.

³⁶ Cf. DÜNKEL, *La conciliación del delincuente víctima*, cit., p. 137.

³⁷ Sobre ello, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *El interés superior del niño y garantías procesales y penales*, en UNICEF (ed.), *Ley de justicia penal juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas*, Ed. UNICEF, San José, 2000, ps. 49-50; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Interés superior del niño, protección integral y garantismo. En particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho penal juvenil*, en TIFFER SOTOMAYOR, Carlos y LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, Ed. ILANUD/UNICEF/Unión Europea, San José, 1999, ps. 19-20. Sobre ello dice ALBRECHT: “En la lectura de toma de posición en la praxis de diversificación en Estados Unidos tiene que tomarse en cuenta como tenor esencial del reproche la ampliación del control social, designada a menudo con el concepto ‘widening the net’ (ampliación de la red de control social) (...) Este reproche surgió inicialmente en los Estados Unidos. Allí rige el principio de oportunidad, que coloca a la policía en la situación de sólo amonestar a sospechosos menores, sin incoar un procedimiento penal formal. En el marco del programa de diversificación, una parte de los menores, respecto de los cuales se habría evitado previamente un procedimiento penal, fueron sometidos ahora a un programa de ‘tratamiento’ social (terapia, trabajo social, etc.) en el marco de la diversificación (...) de este modo, ciertamente, la cantidad de menores incorporados a las ‘correctional facilities’ propias de la justicia disminuyó; sin embargo, el número de menores en conjunto en conexión con delincuencia sometidos estacionariamente aumentó”. ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal de menores*, Ed. PPU, Barcelona, 1990, p. 159. En Costa Rica esta ampliación del control social hasta la fecha no se ha dado, pero debe reconocerse que han existido una serie de casos en los que las condiciones impuestas para la suspensión del proceso a prueba eran excesivas y con ello desproporcionadas. Véase, por ejemplo, el caso resuelto por el Tribunal Penal Juvenil mediante el voto 180-2000 del 23 de noviembre del 2000. Véase también el caso referido por Juan MARCOS RIVERO en UNICEF (ed.), *Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil*, Ed. UNICEF, San José, 2001, p. 89.

ción al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento”. Desde esta perspectiva no podría imponérsele al joven imputado el cumplimiento de determinadas obligaciones no aceptadas por él. Este consentimiento tiene gran importancia puesto que sirve de legitimación al acuerdo, ello debido a los problemas que presenta la conciliación autor-víctima con principios de un Estado de derecho, como el de presunción de inocencia³⁸. Debe tenerse en cuenta que las obligaciones que puede asumir el joven imputado como consecuencia del acuerdo al que llega con la víctima, implican en general restricciones a sus derechos, que en un sentido amplio pueden ser catalogadas como sanciones. No es sino sobre la base del principio de *ultima ratio* de las sanciones que se llegan a autorizar acuerdos en estas condiciones, pero siempre sobre la base de la anuencia del joven imputado, tanto de participar en el diálogo, como de asumir determinadas obligaciones reparatorias.

Las obligaciones que asume el joven pueden ser de carácter simbólico, siendo incluso posible la simple formulación de disculpas³⁹. Muchas veces el acuerdo puede implicar prestar determinadas prestaciones a favor de la víctima, por ejemplo, arreglarle el jardín⁴⁰. Las posibilidades de una reparación integral del daño de carácter monetario en el marco del Derecho penal juvenil, son más bien limitadas, debido a que en general los jóvenes que son sometidos a la justicia penal juvenil han sido socialmente marginados. De hecho una indemnización monetaria puede llegar a ser desaconsejable, ya que puede llevar a la comisión de nuevos delitos para obtener el dinero requerido.

VIII. La justicia restaurativa en la doctrina de la protección integral

Es importante anotar que las ideas de justicia restaurativa tienen una gran acogida dentro del nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, que supuso la adopción de la llamada doctrina de la protección integral, a través de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan. Ello implicó la asunción por el Derecho penal juvenil de las garantías que tradicionalmente sólo se aplicaban al Derecho penal de adultos, a las que se agregaron una serie de garantías adicionales propias de la justicia juvenil, que son propiamente las que caracterizan a la misma.

Dentro del sistema de derechos establecidos en la justicia penal juvenil uno de los que sobresale es la búsqueda de la desformalización o desjudicialización, ello a través de la *diversion*, ya sea con intervención o sin intervención. Se parte en definitiva del carácter episódico que tienen las conductas delictivas de los jóvenes⁴¹, siendo en gran parte consecuencia de los conflictos que implica la adolescencia en sí, sin que luego de pasada esta

³⁸ Sobre esta problemática, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Conciliación imputado-víctima*, cit., ps. 208-213.

³⁹ Señala Frieder DÜNKEL: “La modalidad más amplia de conciliación delincuente-víctima consiste en la amplia reconciliación alcanzada en el marco de un encuentro personal entre el delincuente y la víctima, que con frecuencia relega a un segundo plano las reparaciones materiales. Muchas veces, las víctimas están dispuestas a aceptar una disculpa del delincuente y esfuerzos más bien simbólicos de reparación”. DÜNKEL, *La conciliación delincuente-víctima*, cit., p. 117.

⁴⁰ Indica Frieder DÜNKEL: “Al parecer, y sobre todo en Inglaterra y los Estados Unidos se acuerdan (...) con mayor frecuencia prestaciones directas de trabajo del delincuente en beneficio de la víctima (por ej. la reparación del mobiliario de instalaciones dañadas, trabajos de jardinería, entre otros)”. DÜNKEL, *La conciliación delincuente-víctima*, cit., p. 117.

⁴¹ Cf. DÜNKEL, Frieder, *Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea*, en TIFFER SOTOMAYOR, LLOBET RODRÍGUEZ y DÜNKEL, *Derecho penal juvenil*, cit., p. 545.

etapa necesariamente impliquen que se va a continuar una carrera delictiva⁴². Se agrega a ello que en ocasiones el carácter episódico de la delincuencia juvenil hace que la mejor respuesta es la falta de respuesta del sistema penal. Precisamente en relación con la desformalización con intervención es que encuentra cabida la justicia restaurativa, llegándose incluso en muchas ocasiones a caracterizar la justicia penal juvenil como restaurativa.

La desformalización, que es expresión del principio de *ultima ratio*, se encuentra prevista en la regla 11 de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que dice:

“Remisión de casos

“11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra (o sea corte tribunal, Junta, Consejo, etc.), para que los juzguen oficialmente.

“11.2. La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

“11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de víctimas”.

A través de la remisión pueden llegarse a favorecer soluciones de justicia restaurativa, aunque debe anotarse que la remisión implica que éstas se den fuera del ámbito de la justicia penal juvenil, lo que es concordante con la concepción de la justicia restaurativa tal y como se da en los Estados Unidos, en donde intervienen organizaciones privadas en la mediación.

En los comentarios a dichas Reglas se señala que la remisión: “sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada, y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”.

Se indica además que se recomienda: “que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales”.

Con ello, al hacer referencia a la indemnización a la víctima a través de la avenencia, se incluyó dentro de las recomendaciones a la justicia restaurativa.

⁴² Así se indica en los comentarios a las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, al comentarse la regla de la remisión. Ver, además, TIFFER SOTOMAYOR, *Desjudicialización*, cit., p. 318.

En el ámbito europeo es importante mencionar la recomendación No. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987. Recomendó:

“2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección a la infancia de estos procedimientos”.

“3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos:
– se aseguren la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia;
– se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del autor”.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 señala en su artículo 40, inciso 3.b:

“Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Se trata de una norma muy general, que da lugar tanto a la *diversion* sin intervención, que se favorece, como a la *diversion* con intervención, dentro de la cual se ubica la justicia restaurativa.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia expresa a la desjudicialización o desformalización y con ello tampoco a la justicia restaurativa. Sin embargo, es importante anotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en el caso de “Los niños de la calle”, por sentencia del 19 de noviembre de 1999, había admitido la posibilidad de que la Convención sobre los Derechos del Niño sirviera para la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana. Por su parte, en la opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002, en la que desautorizó una justicia penal juvenil que se rigiera por el sistema de la situación irregular, hizo mención expresa a la desjudicialización, indicando

“Justicia alternativa

“135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la ‘judicialización’ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

IX. La influencia del Derecho penal juvenil en la admisión de las ideas de justicia restaurativa en el Derecho penal de adultos

Es dentro del Derecho penal juvenil donde se empezó a buscar la aplicación de la justicia restaurativa, como consecuencia de las características propias de éste y del énfasis del principio educativo.

En los últimos tiempos dicha tendencia se aprecia también en el Derecho penal de

adultos, que ha llegado a aprobar también recomendaciones en el ámbito de la ONU en ese sentido. A lo anterior hacen referencia, por ejemplo, la declaración de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder del 29 de noviembre de 1985. Así se estableció en el numeral 7:

“Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación de favor de las víctimas”.

En las normas de aplicación de dicha declaración del 24 de mayo de 1989 se señaló:

“Cuando funcionen o se hayan introducido recientemente mecanismos oficiosos de solución de controversias [se recomienda] velar, en la medida de lo posible y tomando debidamente en cuenta los principios jurídicos establecidos, porque se atienda plenamente a los deseos y a la sensibilidad de las víctimas, y que el resultado les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubieran obtenido recurriendo al sistema oficial”.

A ello se agrega la recomendación (85) 11 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa del 28 de junio de 1985, que recomendó “examinar las posibles ventajas de la mediación y la conciliación” (II. 1).

Puede afirmarse que existe una tendencia internacional en el Derecho penal de adultos, bajo la influencia del Derecho penal juvenil, al reconocimiento de la reparación como causal que da lugar al archivo del proceso o bien a prescindir o atenuar la pena⁴³. A pesar de lo anterior, debe reconocerse que la extensión de la admisión de la justicia restaurativa en el Derecho penal de adultos, no llega a tener la amplitud que presenta en el Derecho penal juvenil⁴⁴.

De gran importancia, por la difusión que ha tenido, es el proyecto alternativo de reparación, presentado en 1992 por un grupo de profesores alemanes, suizos y austríacos⁴⁵. Sin embargo, el proyecto, de gran importancia en cuanto a la justificación de la reparación en el Derecho de adultos de acuerdo con los fines de la pena, ha sido superado en cuanto a la extensión de la aplicación de la reparación por las legislaciones procesales penales latinoamericanas, en cuanto han previsto la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño como causales que dan lugar al archivo del proceso.

El 28 de julio de 1999 el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó una resolución recomendando a los Estados miembros el uso de la mediación y la justicia restaurativa cuando el caso fuese apropiado para ello y llamó a la Comisión para la Prevención del Delito para que considerara el desarrollo de unos principios para el uso de esos programas⁴⁶.

⁴³ Sobre ello, ESER, Albin; KAISER, Günther y MADLENER, Kurt (eds.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Max Planck Institut für Strafrecht, Freiburg, 1990; WAMBACH, Thomas, *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenstrafrecht*, Max Planck Institut für Strafrecht, Freiburg, 1996; PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*, cit.; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, cit.; VARONA, *Mediación reparadora como estrategia de control social*, cit.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela (comp.), *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

⁴⁴ Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*, en TIFFER SOTOMAYOR, LLOBET RODRÍGUEZ y DÜNKEL, *Derecho penal juvenil*, cit., ps. 397-400.

⁴⁵ Cf. ARBEITSKREIS DEUTSCHER, SCHWEIZERISCHER UND ÖSTERREISCHER STRAFRECHTLEHRER, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, cit.; *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, citado.

⁴⁶ Sobre ello, VAN NESS, MORRIS y MAXWELL, *Introducing Restorative Justice*, cit., p. 11.

La relevancia de las ideas de justicia restaurativa queda clara a nivel internacional con el informe de Expertos en justicia restaurativa presentado en el Consejo Económico y Social de la ONU para su distribución general el 7 de enero del 2002, con el que se presentó un proyecto de elementos de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. En el preámbulo se hace referencia a los antecedentes en la forma de solución de conflictos por los grupos indígenas, recalándose además la importancia que pueden tener las ideas de justicia restaurativa para lograr la armonía social, mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. En relación con las ideas de justicia restaurativa se recalca el interés en la protección del interés de las víctimas, pero también los efectos positivos que desde el punto de vista preventivo puede tener la justicia restaurativa. Además se enfatizan los beneficios obtenidos por la comunidad. Así se dice: “Este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”⁴⁷.

X. Conclusiones

El reconocimiento de la justicia restaurativa en la justicia juvenil, debido a los buenos resultados producidos, de acuerdo con el principio educativo, ha llegado a tener acogida dentro del derecho internacional de los derechos humanos, comprendiendo dentro de éste no sólo a los menores de edad, sino también a los adultos.

Es importante anotar que el nuevo paradigma de la justicia penal juvenil fue influenciado por el Derecho penal de adultos, en cuanto se asumieron las garantías de Derecho penal y procesal penal que habían sido reconocidas en éste. Sin embargo, a la inversa, el Derecho penal juvenil ha influenciado al Derecho de adultos, esto, por ejemplo, en lo atinente a las ideas de justicia restaurativa, aunque debe reconocerse que siempre el Derecho penal juvenil va más adelante que el Derecho de adultos. Así en lo relativo a la justicia restaurativa, como expresión de la desformalización, el Derecho penal juvenil implica posibilidades más amplias de aplicar las ideas de justicia restaurativa.

⁴⁷ En cuanto al concepto de “proceso restaurativo”, se dice que “se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias”. Por otro lado, por “resultado restaurativo” se entiende “un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el delincuente”. COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*, cit. En la reunión preparatoria regional para América Latina del Undécimo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y justicia penal, que debe celebrarse del 19 al 21 de abril del 2004 en San José de Costa Rica, uno de los puntos a discutir es la potencialización de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa.