

JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA COMO RESPUESTA ALTERNATIVA

Cielo Mariño Rojas¹

RESUMEN

El artículo explora las posibilidades de la justicia juvenil restaurativa como respuesta alternativa en los sistemas de justicia juvenil en la región. Si bien la justicia restaurativa no aparece explícitamente en los instrumentos internacionales sobre justicia penal juvenil, estos dan la oportunidad para que aquella se desarrolle dentro de los sistemas de justicia juvenil. Inicialmente se aborda su evolución histórica para establecer el origen de sus principales características. A continuación se analiza la manera como las propuestas restaurativas parten de la mínima intervención penal, característica de una justicia penal para los adolescentes acorde con los estándares internacionales. Así mismo, se establece la concreción de esta

-
- 1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en criminología de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad de Bolonia, con Maestría en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona y doctoranda en el programa de doctorado Las Transformaciones del Estado de Derecho desde la Perspectiva de la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona. Docente, investigadora y coordinadora del Grupo de Derechos de la Infancia y la Adolescencia del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

mínima intervención en el principio de excepcionalidad, tanto de los procedimientos judiciales como de la privación de la libertad, base de las propuestas alternativas a partir de las cuales se pueden construir respuestas restaurativas. Las formas de alternatividad a las que da lugar la aplicación de este principio, la desjudicialización y la desinstitucionalización de las sanciones son vistas en los sistemas de justicia penal de la región para establecer sus posibilidades en este campo. Ello permite hacer un balance acerca de las perspectivas, alcances y potencialidades de la justicia juvenil restaurativa frente a los sistemas de justicia juvenil.

PALABRAS CLAVE: Alternatividad, derecho penal juvenil, desinstitucionalización, desjudicialización, justicia juvenil restaurativa, sistemas de justicia penal juvenil.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del nuevo paradigma de la protección integral, que se caracteriza justamente por la integralidad de derechos y políticas que construyen ciudadanía, la política criminal debe responder al criterio de la *ultima ratio*. El modelo de justicia penal dentro de este paradigma corresponde a un modelo penal de responsabilidad con garantías claramente demarcadas en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

La justicia restaurativa no se establece de manera explícita ni en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) ni en los diferentes instrumentos de *soft law* sobre justicia juvenil, pero las posibilidades para que se dé dentro de los sistemas de justicia juvenil (SJJ) se derivan de los diversos instrumentos de derechos humanos en el ámbito de la justicia penal que para toda persona se han venido desarrollando, de aquellos específicos para la infancia, así como de desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia. Ello debido a que tanto la justicia restaurativa como la penal juvenil parten de la misma premisa, la mínima intervención

penal para reducir las consecuencias negativas del poder punitivo sobre los adolescentes.

Si bien se ha señalado que la justicia juvenil restaurativa (JJR) es una característica central de los modelos de justicia penal acordes con la CDN y demás instrumentos, tanto en el ámbito local como en el regional la definición e implementación de estos sistemas han descrito tendencias que deben ser estudiadas para determinar si son o no acordes con un modelo de responsabilidad penal realmente garantista.

El objetivo general es establecer los elementos de una justicia juvenil restaurativa acorde con los estándares internacionales, como alternativa tanto al proceso judicial como a la privación de la libertad. Dentro de los objetivos específicos se encuentran determinar la intervención penal mínima como premisa de la justicia juvenil restaurativa; establecer las características del principio de excepcionalidad tanto de la judicialización como del internamiento, y describir, dentro del proceso de adecuación de las legislaciones latinoamericanas, cómo se ha definido e implementado la justicia juvenil restaurativa.

La investigación se ubica en el campo de los derechos de la infancia y la adolescencia, en el escenario de los sistemas de justicia penal juvenil. Toma elementos teóricos, normativos y de contexto para analizar las prácticas jurídicas en dichos sistemas. Para lograr los objetivos propuestos, la metodología partió del establecimiento de los marcos de referencia. Para establecer el marco teórico se recogió la reflexión doctrinal respecto a la JJR en los sistemas de justicia penal juvenil, así como los estudios e investigaciones de política criminal y criminología sobre la materia.

Para determinar el marco normativo se tuvo en cuenta su evolución frente a las posibilidades alternativas en los ámbitos internacional, nacional y regional, con especial referencia a la inclusión de los mecanismos restaurativos en las legislaciones de justicia penal juvenil en los países de Latinoamérica. De igual forma, se analizaron la jurispru-

dencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y diversos documentos del sistema regional de protección de los derechos humanos en este campo. Con base en estos marcos de referencia se determinaron las posibilidades y retos de una JJR que responda a los estándares internacionales y la manera como esta justicia se ha introducido en la región.

II. ORÍGENES DE LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA

Es difícil determinar cuándo y cómo surgió la justicia restaurativa, dadas las diferentes fuentes a partir de las cuales se originó². Estas fueron tanto teóricas como empíricas, ya que han sido las prácticas alternativas las que han aportado los principales elementos para la reflexión y los diferentes desarrollos normativos. Se han señalado como antecedentes los “antiguos sistemas de reparación del daño a la víctima en el derecho primitivo, especialmente en los pueblos germánicos”³. Según Cámara, algunos autores se remontan a la *lex talionis* babilónica como antecedente de la compensación.

En el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas acerca de la justicia restaurativa se menciona que los enfoques restaurativos “ocupaban un lugar destacado en los códigos jurídicos de civilizaciones que habían sentado las bases de los modernos ordenamientos jurídicos. Los elementos restaurativos habían existido en los principales ordenamientos jurídicos de todo el mundo durante decenios y en algunos casos, siglos”⁴.

-
- 2 Para mayor información ver J. BRAITHWAITE. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 3-10; y A. ASHWORTH. “Responsibilities, Rights and Restaurative Justice”, *The British Journal of Criminology*, vol. 42, n.º 3, 2002, pp. 578-579.
 - 3 S. CÁMARA. “Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina”, *Revista de Justicia Restaurativa*, n.º 1, 2011, p. 10.
 - 4 Secretario General de las Naciones Unidas. *Informe del Secretario General acerca de la justicia restaurativa*, 7 de enero de 2002, E/CN.15/2002/5/Add.1., párr. 15.

Los orígenes y evolución descritos llevan a que a finales del siglo pasado y comienzos del actual se hayan extendido los programas de justicia restaurativa, no solo en los países donde inicialmente se tuvieron las primeras experiencias (Canadá y Estados Unidos), sino en el resto de América y Europa. Hoy en día se encuentran experiencias restaurativas en todas las regiones. Algunos de los países de otras regiones donde se llevan a cabo programas restaurativos son Japón, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Australia.

En particular, la mediación víctima-ofensor es una práctica de justicia restaurativa extendida en Europa, donde la justicia juvenil tiene una presencia significativa. Los primeros países en tener legislación en la materia, desde comienzos de la década de los ochenta, fueron Noruega, Austria, Bélgica, Alemania y Francia. El primer proyecto piloto de mediación en Europa se da en Noruega en 1981. En 1988 en Austria se introdujo, inicialmente en los tribunales juveniles, la llamada *out-of-court offence resolution*, doce años más tarde se adoptó en la legislación para adultos.

El desarrollo de la mediación víctima-victimario fue lento en sus comienzos, pero en los noventa aumentó en Europa. Se aplicó a delitos o faltas leves no limitados a la propiedad. En la actualidad la mediación se extiende a toda Europa. En algunos países los programas de mediación víctima-ofensor se dan aun preponderantemente en el ámbito de la justicia juvenil y se extienden cada vez más, incluso después de la sentencia.

III. LA INTRODUCCIÓN DE LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN AMÉRICA LATINA

En la mayoría de países en América Latina se reformaron los sistemas de justicia penal entre finales del siglo pasado y comienzos de este. Dicho proceso se dio en un marco de democratización que buscaba dejar atrás los defectos del procedimiento penal existente en la región, que se desarro-

llaba dentro del sistema inquisitivo, y optar por un sistema acusatorio, que se piensa como un modelo de procedimiento propio de la democracia.

Con las reformas procesales se fortalece el Estado de derecho, uno de los cometidos de los procesos de transición de los regímenes autoritarios o de los conflictos armados, a la democracia y a la paz, en tanto, como dice RUZ, “el espacio institucional en el interior de las democracias latinoamericanas, en donde más sistemáticamente se violan los derechos de las personas, ocurre precisamente en los sistemas de enjuiciamiento criminal”⁴⁵.

El poder judicial en América Latina experimentó un proceso de modernización legislativa, tal como lo hicieron los otros poderes públicos, en tanto representaba la rama del poder público más atrasada, por la falta de interés e inversión en ella. Los sistemas de justicia penal no se habían modificado, en casos como el de Chile, en los últimos cien años, lo que hacía fuertemente arraigada la cultura judicial del anterior modelo, sostiene RUZ⁴⁶. Los cambios requirieron de voluntad política y disponibilidad presupuestal, para lo cual se necesitó la creación de consensos. De esta manera se dio la participación de diversos sectores sociales, públicos y privados en las modificaciones legislativas y políticas.

Para que los cambios de legislación penal en la región generen prácticas acordes se requieren cambios en la cultura jurídica, pero en estos países subsisten prácticas nutridas en el anterior modelo. Se pasa de un proceso inquisitivo, escrito y altamente burocratizado, a uno acusatorio, oral y desburocratizado, donde la celeridad y la eficacia son las directrices. Sin embargo, como señala BINDER, la reforma de

45 L. RUZ. *La reforma al sistema de enjuiciamiento criminal en Chile*. Sitio web de la Fundación para el Debido Proceso, 1999, consultado el 21 de octubre de 2008, recuperado de [http://www.dplf.org/sites/default/files/reformas_1st_publication.pdf], p. 85.

46 L. RUZ. *La reforma al sistema de enjuiciamiento criminal en Chile*, ibíd., p. 86.

la justicia penal en América Latina está en “el momento en el que las nuevas prácticas sugeridas por los nuevos textos normativos se hallan en franca pelea con las prácticas que hunden sus raíces en la tradición inquisitorial”⁴⁷. TOCORA⁴⁸ señala que el sistema no se ha humanizado en los países latinoamericanos que han introducido el modelo acusatorio, al contrario, se puede decir que se ha endurecido.

Dentro de las reformas se describe una tendencia a reducir la intervención penal, en tanto se considera que la persecución penal puede comportar problemas sociales más significativos que los que pretende superar. De esta forma se puede observar que en la región hay una búsqueda de soluciones alternativas. Esto, a más de responder a los derechos de las víctimas, se da en buena medida como mecanismo de descongestión de los tribunales, que periódicamente entran en crisis por el número de procesos que se acumulan.

En tanto los nuevos procedimientos se definen como participativos, característica de los procesos penales de los nuevos órdenes democráticos, un tema central de las diferentes reformas fue el de las víctimas. La víctima es un interviniente en el proceso que debe ser tenido en cuenta para toda actuación que afecte sus intereses. La búsqueda de la garantía de sus derechos es un objetivo en la mayoría de los nuevos procedimientos.

Para concretar esa característica participativa de los procesos penales, al lado de la inclusión de las víctimas en el proceso se han establecido igualmente mecanismos restaurativos como la conciliación y la mediación, que aunque se dan para infracciones leves, han logrado un papel importante en el nuevo procedimiento. Estos mecanismos se plantean como complementarios al sistema de justicia penal a través

47 A. BINDER. *Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral*. Viña del Mar, CEJA, 2007, prólogo.

48 F. TOCORA. “La reforma procesal penal en América Latina”, *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 33, n.º 4, octubre de 2005.

de audiencias incidentales a él, como condición para poder iniciar o continuar los procesos, o como consecuencia de la sentencia condenatoria.

Dentro de este marco de cambio en los sistemas judiciales en Latinoamérica se comienza a dar, a partir de la última década del siglo xx, un proceso de adecuación de las legislaciones internas a raíz de las obligaciones adquiridas por los países al ratificar la CDN, proceso que se da en diferentes regiones del mundo simultáneamente. En la región se desarrolla este proceso en el mismo periodo de democratización, de manera que el afán por recuperar el Estado de Derecho pudo ser un factor que coadyuvó en la introducción del nuevo modelo en los diferentes países. Dentro de este marco, en la región se posibilita la introducción de la justicia juvenil restaurativa. La definición legislativa y posterior implementación de los sistemas de justicia juvenil no ha sido uniforme, sin embargo, se ha incorporado el enfoque restaurativo en la mayoría de países, con características particulares en cada uno de ellos.

El proceso de adecuación de las legislaciones a la CDN⁴⁹ se inició en Brasil con la expedición del Estatuto de la Niñez y la Adolescencia, en 1990, y continuó en los diferentes países durante las últimas décadas. En El Salvador con la Ley del Menor Infractor (hoy Ley Penal Juvenil) de 1995; en Costa Rica con la Ley de Justicia Penal Juvenil, de 1996; en Honduras con el Código de la Niñez y la Adolescencia de 1996; en Nicaragua con el Código de la Niñez y la Adolescencia de 1998; en Panamá con el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia de 1999, modificado por la Ley 46 de 2003; en Bolivia con el Código del Niño,

49 En el documento de RITA MAXERA. *Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España*, 22 de abril de 2005, la autora hace una relación de las diferentes leyes hasta el 2004, en la cual se indica el año de entrada en vigencia y no de aprobación. Esta relación se actualizó con los nuevos cambios legislativos en la región en la última década.

Niña y Adolescente de 2000; en Perú con el Código de los Niños y Adolescentes de 2000, que reemplaza al de 1992, que incluía ya el nuevo modelo de justicia; en Venezuela con la Ley Orgánica del Niño y del Adolescente de 2000; en Paraguay con el Código de la Niñez y la Adolescencia de 2001; en Guatemala con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de 2003; en Ecuador con el Código de la Niñez y la Adolescencia de 2003; en República Dominicana con el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de 2004; en Uruguay con el Código de la Niñez y la Adolescencia de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011; en Chile con la Ley 20084 de 28 de noviembre de 2005, que entra en vigencia en 2007 y establece el Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Entre tanto, el 12 de diciembre de 2005 México reforma el artículo 18 de la Constitución Política y, a partir de ese momento, los diferentes Estados han ido incluyendo la nueva normativa. Colombia establece sus reformas con el Código de la Infancia y la Adolescencia, CIA, que entra en vigencia en 2007⁵⁰. Argentina no ha realizado aún el cambio legislativo.

IV. SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL JUVENIL Y POSIBILIDADES RESTAURATIVAS

La historia de la justicia juvenil en el campo de la justicia restaurativa es el antecedente de los mecanismos que la posibilitan, contenidos en las Reglas de Beijing de 1985 y de la CDN del 1989. Estos instrumentos hacen parte del marco normativo internacional que define la protección integral de la infancia en el campo penal, constituido por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, antecedente directo de

50 El CIA es de noviembre 8 de 2006 y entró en vigencia seis meses más tarde.

la CDN, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La CDN, aun cuando no es la primera en orden cronológico, constituye el marco general de interpretación. Hacen parte igualmente de este las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (“Reglas de Beijing”, Resolución 4033 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de Riad”, Resolución 45 / 112, aprobada el 14 de diciembre de 1990) y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de la Libertad (“Reglas de la Habana”, Resolución 45 / 113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 14 de diciembre de 1990). Se incluyen también las Reglas de Tokio, en tanto brindan opciones alternativas a la privación de la libertad, aunque no son específicas para la infancia. Este conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional dio las bases para una nueva definición de la infancia en los escenarios penales, dirigida a la garantía de sus derechos.

La CDN no habla de “justicia restaurativa”, concepto que si bien ya habían utilizado algunos autores, es posterior a la convención⁵¹. Aun cuando la justicia restaurativa no se incluyó de forma explícita en la CDN ni en los demás instrumentos internacionales que dan lugar a la justicia penal

51 Uno de los primeros en utilizar el término fue ZHER en 1980, en su libro *Retributive justice, restorative justice, alternative justice paradigms*. Igualmente, trabajos entre otros de G. BAZEMORE y L. WALGRAVE. “Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform”, en *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. G. BAZEMORE y L. WALGRAVE, Monsey, New York, Criminal Justice Press, 1999, de los años 80 utilizan el término. Pero, señala TAMARIT SUMALLA, fue en el Congreso Internacional de Criminología de 1993, en Budapest, cuando fue promovido el término. TAMARIT SUMALLA, JOSEPH. “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor”. En GONZÁLEZ CUSSAC Y TAMARIT SUMALLA (coords.). *Justicia penal de menores y jóvenes*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 48.

juvenil dentro del paradigma de la protección integral, este marco normativo internacional permite definir los SJJ dentro de un enfoque restaurativo. La CDN, en su preámbulo, artículos 3 y 12, como marco de valores y principios de los SJJ, al lado de los artículos 37 y 40, brinda los elementos para la definición de este enfoque.

El modelo de justicia penal dentro del paradigma de la protección integral corresponde a un modelo penal de responsabilidad, con garantías claramente demarcadas en el DIDH y en diversos instrumentos de *soft law*. Estos instrumentos y lineamientos internacionales establecen en el campo penal un sistema de justicia que delimita los derechos, libertades y garantías de todo niño⁵², en conflicto con la ley penal. Este modelo favorece la toma de responsabilidad del ofensor y su reintegración, finalidades definidas en los estándares que favorecen el enfoque restaurativo⁵³. Igualmente, los derechos de las víctimas, centrales en un enfoque de este orden, se encuentran garantizados al establecerse dentro de sus objetivos el fortalecer el respeto de sus destinatarios por los derechos humanos de terceros.

A. Mínima intervención penal

En este escenario la intervención estrictamente penal debe ser mínima, dados los efectos negativos que produce. Estos han sido señalados en la región, entre otros, por VASCONCELOS, quien anota que el proceso judicial no es la mejor forma de

52 La norma se refiere a todo niño (según el artículo 1.º de la CDN, niño es todo ser humano menor de 18 años), pero en los sistemas de justicia penal establecidos a partir de la CDN se ha fijado, de forma mayoritaria, a la adolescencia como la franja etaria destinataria de estos sistemas de justicia penal. Por ello, en el artículo me referiré a los adolescentes. El término jóvenes se utilizará igualmente en tanto la doctrina internacional califica el derecho y los sistemas utilizándolo: derecho penal *juvenil* y sistemas de justicia penal *juvenil*.

53 G. MAXWELL y A. MORRIS. *Understanding Reoffending*, Wellington, Institute of Criminology / Victoria University of Wellington, 2000.

resolver los conflictos causados por las infracciones penales ni de darles soluciones justas, de la misma manera indica los efectos contraproducentes de enfrentar un juicio por su inevitable carga punitiva y efectos aflictivos⁵⁴. La penalización de los conflictos implica una serie de efectos negativos con relación a cualquier población, pero en especial en el caso de los adolescentes, anota TIFFER, quien también señala que los sistemas de represión y corrección por medio de políticas netamente punitivas son insatisfactorios⁵⁵. La mínima intervención es también una respuesta frente al fracaso de la pretendida función preventiva especial; la intervención penal es, al contrario, generalmente un factor criminógeno, señala COUSO⁵⁶.

Se debe reducir el ámbito de aplicación del derecho penal a los casos que justifiquen su aplicación. De acuerdo con FERRAJOLI, las “garantías son un instrumento esencial para racionalizar y minimizar el ejercicio de la función punitiva del Estado”⁵⁷, en especial frente a los adolescentes.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Informe 41 / 99 del caso “Menores detenidos vs. Honduras”, establece el papel secundario de la intervención penal al señalar que “los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad. No debe emplearse, por tanto, el *ius puniendi* estatal frente a situaciones que no son graves, o

54 R. VASCONCELOS. *La justicia para adolescentes en México*, México D.F., Unicef / UNAM, 2009, pp. 247-248.

55 C. TIFFER. “Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes”, en *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, C. TIFFER y J. LLOBET, San José, Unicef-Ilanud, 1999, p.173.

56 J. COUSO. “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 8, 2006, p. 56.

57 FERRAJOLI, cfr. R. UPRIMNY, C. MARINO y C. CASTILLO. “Garantismo y justicia penal: un marco conceptual para analizar la justicia penal colombiana”, *Revista Rostros y Rastros*, n.º 5, junio-diciembre de 2010, p. 22.

que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor”⁵⁸.

Se trata de una justicia especial donde se concreta efectivamente la mínima intervención penal, derivada de la protección especial de la infancia en los ámbitos internacional y regional. El artículo 40.3 de la CDN establece que los Estados Partes deberán promover “el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos”, lo que implica que el adolescente, “de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes”, deberá estar sujeto a un sistema de justicia diferente al de los adultos. En tanto la intervención penal, aún en las mejores condiciones, segrega, fortalece identidades negativas y estigmatiza, en especial a individuos de esta franja etaria, el sistema penal juvenil deberá ser más reducido que el de adultos, en virtud de la obligación de protección especial y el principio del interés superior del niño establecidos en la misma CDN⁵⁹.

Igualmente, en el ámbito regional, el artículo 5.5 de la Convención Americana establece la obligación de llevar a los menores de 18 años “ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”, de manera que sean juzgados de forma diferente a los adultos. Ello implica, dice la Comisión, que el sistema penal de la justicia de menores de 18 años “debe tener un campo de aplicación mucho más limitado que el del derecho penal

58 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en el Informe 41 / 99 del caso “Menores detenidos vs. Honduras”, 1999, párr. 116.

59 El artículo 3.1 de la CDN establece el principio del interés superior del niño y en el numeral 2 señala que “los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

común, dada la obligación que establece el artículo 19 de la convención de otorgar al niño una protección especial”⁶⁰.

Dentro de las orientaciones generales de las Reglas de Beijing, partiendo de la búsqueda del bienestar de las niñas y niños, y con el “fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley”, se deberán adoptar “medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad”⁶¹. De esta manera, la promoción del bienestar de los niños y niñas determinará la reducción de la intervención penal y la adopción de medidas que incluyan a la familia, los voluntarios, las escuelas y a la comunidad en general.

La mínima intervención penal en el derecho penal juvenil se concreta en el principio de excepcionalidad, no solo de la privación de la libertad sino de la judicialización en general, que se deriva del artículo 37.b de la CDN, el cual establece que la detención, el encarcelamiento o la prisión se “utilizará tan solo como medida de último recurso”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su documento *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, dice que ello es un reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como “personas en desarrollo respecto de quienes los Estados están obligados a adoptar medidas especiales de protección, según el artículo 19 de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana”⁶². Eso en tanto

60 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Informe 41 / 99 del caso “Menores detenidos vs. Honduras”, 1999, párr. 101.

61 Organización de la Naciones Unidas, Asamblea General. “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)”, Resolución 40 / 33, 28 de noviembre de 1985, Regla 1.3.

62 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA / Ser.L/V/II. Doc 78, 2011, párr. 75.

el someter a una persona a la justicia penal, más aún si es privada de la libertad, tiene unas consecuencias negativas, en especial cuando se es niño, por ello, dice la Comisión, “es necesario limitar el uso del sistema de justicia juvenil respecto a niñas, niños y adolescentes, disminuyendo en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de la libertad”⁶³.

En efecto, O’DONNELL señala que el artículo 37 de la CDN “permite inferir que estas personas no deben ser castigadas como si fueran adultos”⁶⁴. De igual forma, en las definiciones de las Reglas de Beijing se establece: “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”⁶⁵. Esta diferencia se marca con una respuesta más restringida del Estado hacia ellos, en relación con lo cual la Comisión Interamericana señaló que tratándose de niños y niñas existe, dentro del derecho internacional de los derechos humanos, “una clara tendencia a darle una protección mayor que a los adultos y a limitar el papel del *ius puniendi*. Es por ello que se exige a los Estados más garantías para su detención, la cual deberá constituir un mecanismo excepcional”⁶⁶.

El principio de excepcionalidad de la privación de la libertad es determinante en la justicia penal juvenil⁶⁷. Se ha

63 Comisión Interamericana de Derecho Humanos. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, ibíd., párr. 76.

64 D. O’DONNELL. *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, Murillo Impresores, 2007. p. 457.

65 Organización de las Naciones Unidas, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas”, op. cit., Regla 2. 2. a.

66 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Informe 41 / 99 del caso “Menores detenidos vs. Honduras”, 1999, ibíd., párr. 113.

67 Acerca de la excepcionalidad de la privación de la libertad en los sistemas de justicia juvenil, ver C. MARINO ROJAS. “Excepcionalidad de la privación de la libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”, en *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

desarrollado una tendencia en los estándares internacionales de reducir el uso de la privación de la libertad para disminuir sus efectos negativos, como medida preventiva o como sanción, pero ello se ha dado de forma inicial y con mayor énfasis respecto a los sistemas de justicia juvenil. La Comisión Interamericana señaló “las consecuencias, muchas veces adversas, de someter a una persona a la justicia por infringir las leyes penales, especialmente cuando ello implica su privación de libertad, se acentúan cuando se trata de niñas, niños y adolescentes, por tratarse de personas en desarrollo”⁶⁸.

Como resultado de estas dos formas del principio de excepcionalidad: de la privación de la libertad y del proceso judicial, los estándares internacionales sobre justicia penal juvenil ofrecen posibilidades alternativas.

V. ALTERNATIVAS AL PROCESO PARA UNA JUSTICIA RESTAURATIVA

Los estándares internacionales en el campo de la justicia juvenil ofrecen alternativas para limitar la extensión del poder punitivo del Estado; las posibilidades restaurativas en los sjj se derivan de estas opciones alternativas. De acuerdo con los escenarios de alternatividad que ofrecen los estándares, se ha planteado que la justicia restaurativa se puede presentar en dos ámbitos, el primero, en relación con el procedimiento, al buscar la desjudicialización, esto es la remoción del caso del escenario procesal penal, y el segundo, en relación con la privación de la libertad, al prever la aplicación de sanciones alternativas a ella. Pero en este último evento, los elementos restaurativos no están presentes, como se verá más adelante.

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, op. cit., párr. 76.

La justicia restaurativa ha tomado un papel central en la evolución del derecho penal juvenil. Aun cuando se ha extendido dentro de los sistemas de justicia penal, LYNCH indica que es en la esfera de la justicia juvenil donde es más prevalente⁶⁹. El ámbito del derecho penal juvenil resulta apropiado para desarrollar mecanismos de justicia restaurativa innovadores. Como sostiene AYORA, “las reacciones penales que se dan frente a la delincuencia juvenil suelen incorporar, antes que en el caso de los adultos, nuevas formas de respuesta. Podría decirse que este ámbito constituye un campo de experimentación de las nuevas tendencias”⁷⁰.

Desde una perspectiva amplia se puede decir que el sistema de justicia juvenil tiene un sentido restaurativo en tanto se define en concordancia con los elementos característicos de los modelos de este tipo: la responsabilidad, la reintegración y la consideración de las víctimas. En efecto, se trata de un modelo de responsabilidad que entre los objetivos establecidos en la CDN incluye la reintegración y el respeto de los derechos de terceros, que como se anotó, lleva al reconocimiento del derecho de las víctimas. De forma específica, el modelo de justicia penal, dentro de la protección integral, se caracteriza por la inclusión de mecanismos de desjudicialización y diversificación de las sanciones que ofrecen posibilidades alternativas a los modelos tradicionales. La desjudicialización y la desinstitucionalización no son *per se* restaurativas, solo la primera ofrece la opción de acceder a escenarios restaurativos.

69 LYNCH. “Restorative Justice through a Children’s Rights lens” op. cit., p. 161.

70 L. AYORA. “Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores”, en *Penas alternativas a la prisión*, JOSÉ CID y ELENA LARRAURI (coords.), Barcelona, Bosch, 1997, p. 253.

A. Alternativas a la sanción privativa de la libertad: desinstitucionalización

Respecto a las sanciones alternativas a la privación de la libertad se debe anotar que la garantía de todos los derechos del adolescente no se puede dar sino en libertad, por lo tanto, para ello son idóneos los escenarios familiares y comunitarios. Uno de los objetivos de los *SJ* es buscar que el niño y la niña sean parte activa de la sociedad, promover su reintegración, de manera que se debe evitar el apartamiento del adolescente de la sociedad, causado por la privación de la libertad.

El artículo 40.4 de la CDN señala la necesidad de buscar posibilidades alternativas a la “internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”. La institucionalización segrega y desocializa. Se ha establecido en las Reglas de Beijing que las posibles limitaciones “se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”⁷¹, con ello se quiere decir que los “enfoques estrictamente punitivos no son adecuados”, como anota el comentario de la regla, para lo cual se deben establecer y aplicar medidas alternativas. En los sistemas penales, el bienestar del niño o niña será una consideración central, de manera que si los operadores aplican las directrices que se derivan de los marcos normativos evitarán, como indican las Reglas de Beijing en el comentario a la regla 5, “sanciones meramente penales”.

Para ello se requiere de una *pluralidad de medidas resolutorias*. En efecto, dice la CIDH, los “Estados deben reservar el uso de la privación de la libertad como un último recurso,

71 Organización de las Naciones Unidas. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas”, op. cit., Regla 17.1. b.

y tener a disposición medidas alternativas a la privación de libertad”⁷². Dentro de las sanciones no privativas de la libertad están la prestación de servicios a la comunidad (PSC) y la reparación del daño.

Se prevé la reparación como sanción penal autónoma, no como consecuencia civil derivada del delito, aun cuando se debata su naturaleza: sanción civil o pena. LARRAURI anota, “la reparación no ‘es’, sino que puede ser dotada de una u otra naturaleza”⁷³. ROXIN, citado por la autora, señala que “se la ha de colocar, como sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito, junto a la pena y a la medida, a las que puede moderar, pero también, en su caso, sustituir”⁷⁴. Pero, como anota LARRAURI, “será distinto una reparación concebida como alternativa a la pena de cárcel dentro del proceso y el derecho penal, o la reparación concebida como resolución de un proceso de mediación preconizado por las distintas corrientes abolicionistas”⁷⁵.

El trabajo en beneficio de la comunidad, introducido en los años setenta en el ámbito anglosajón⁷⁶ para reducir el uso de la prisión, se consideró, de acuerdo con YOUNG, citado por CID, una alternativa más severa que la multa o la *probation*, que permitiría responder a las necesidades de la víctima, siendo a su vez más eficaz en la rehabilitación del infractor que esta última, lo que permitiría fortalecer la relación entre el individuo y la comunidad⁷⁷.

72 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, op. cit., párr. 308.

73 LARRAURI. “La reparación”, op. cit., p. 177.

74 ROXIN cfr. LARRAURI. “La reparación”, op. cit., p. 175.

75 LARRAURI. “La reparación” op. cit., p. 174.

76 Sanción que fue introducida para los adultos, pero, según la legislación inglesa analizada por CID, podía aplicarse igualmente a jóvenes de 16 y 17 años. En JOSÉ CID. “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en *Penas alternativas a la prisión*, JOSÉ CID y ELENA LARRAURI (coords.), Barcelona, Bosch, 1997, p. 97.

77 YOUNG cfr. CID, “El trabajo en beneficio de la comunidad”, op. cit., p. 96.

La psc se debe basar en la comunidad⁷⁸ y apelar “a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas”, como señala el comentario a la regla 18 de Beijing. Esta sanción⁷⁹ consiste en la realización de tareas de utilidad común, que se realizan de forma gratuita, durante un lapso que no se extiende, por lo general, por más de seis meses, y sin exceder un número de horas semanales que comprometa la escolaridad. Este trabajo se puede llevar a cabo en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, o en escuelas, bibliotecas o parques, entre otros. Se entiende que queda excluido cualquier trabajo peligroso o nocivo para la salud.

Se considera que entre las sanciones alternativas a la privación de libertad, la psc y la reparación del daño tienen contenido restaurativo por darse en escenarios comunitarios y procurar la restauración⁸⁰, además, por encontrarse entre los resultados enumerados en los “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal” (2002)⁸¹. Sin embargo, al no responder a la

78 La comunidad es central frente a la reintegración del adolescente, pero su definición y posibilidades restaurativas no son del todo claras (L. WALGRAVE. “Community Service as a Cornerstone of a Systemic Sectorative Response to (Juvenile) Crime”, en *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, G. BAZEMORE, y L. WALGRAVE, Monsey, New York, Criminal Justice Press, 1999).

79 La psc también puede constituir una opción alternativa al proceso, como forma de desjudicialización, cuando se establezca como medida de remisión recomendada.

80 Ver: MAXWELL y MORRIS. *Understanding Reoffending*, op. cit. y MAXERA. *Mecanismos restaurativos en la nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España*, op. cit.

81 En tanto se presenta ambigüedad e incluso tensión sobre el concepto de justicia restaurativa (BAZEMORE y WALGRAVE. *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of youth Crime* op. cit.), tomo las definiciones de la Resolución 2002 / 12 del Consejo Económico y Social de la ONU. De acuerdo con los principios contenidos en esta resolución:

1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.
2. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el

definición de lo que se puede considerar como tal, se les restaría dicho carácter. En efecto, estos principios establecen que por resultado restaurativo se entiende un acuerdo logrado “como consecuencia de un proceso” del mismo orden (2002, párr. 1. 3). Estas dos sanciones no son fruto de un proceso restaurativo, sino de un proceso penal que se ha agotado. Además, son impuestas por un juez en sentencia condenatoria.

B. alternativas al proceso o al juicio: desjudicialización

El principio de excepcionalidad de la judicialización es expresión de la mínima intervención penal que reserva la actuación judicial a casos graves. Responde a los efectos estigmatizantes de la judicialización y de la sentencia, en especial frente a personas que no han alcanzado la mayoría de edad, en relación con lo cual las Reglas de Beijing señalan que “en muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta”. Por ello, anota COUSO, “el principal objetivo de unas leyes y unos tribunales especiales para menores infractores es evitar que estos salgan de esos espacios sociales [familia, escuela, comunidad], o favorecer su más pronto regreso a los mismos”⁸².

delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un 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 puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.

3. Por “resultado restaurativo” se entiende un acuerdo logrado 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 del delincuente”.

- 82 COUSO. “Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil”, op. cit., p. 53.

La desjudicialización es una de las características básicas de los sistemas de justicia juvenil especiales y diferenciados que brinda alternativas al juicio. La *diversion* una de las iniciales características de los sistemas de justicia juvenil, en particular en Estados Unidos, evitaba que los jóvenes ingresaran al circuito judicial, manteniéndolos con sus familias y comunidades, y derivando en ocasiones los casos a servicios sociales que les prestaban asistencia en sus familias y comunidades⁸³.

La desjudicialización se concreta en mecanismos de salida anticipada del proceso ante el efecto negativo del procedimiento y de la condena. En las legislaciones de los países de la región se han incluido el criterio de oportunidad reglado, la suspensión del proceso a prueba, la remisión y la conciliación. Es conveniente diferenciar los mecanismos que representan la no iniciación, continuación o suspensión de la acción penal, de aquellos que remiten a escenarios alternativos, por fuera de los procesos judiciales, donde se ubican los mecanismos restaurativos.

Dentro de los primeros, el principio de oportunidad implica la no iniciación o terminación de la acción penal que en la región es reglado con causales taxativas; cuenta con control judicial por parte de jueces de control o de garantías, como señala TOCORA⁸⁴. Los derechos de la víctima son determinantes para que opere. En la suspensión del proceso a prueba el juez decide detener el proceso sin llegar a juicio; se puede imponer una orden de orientación y supervisión⁸⁵.

83 COUSO. "Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil" op. cit., p. 52; LLOBET. "Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil", op. cit., p. 874; y DÜNKEL. "La conciliación delincuente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y la práctica en el derecho comparado", op. cit., p. 120.

84 TOCORA. "La reforma procesal penal en América Latina", op. cit., p. 52.

85 TIFFER. "Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes", op. cit., pp. 175 y 194.

Dentro de los segundos, los dos restantes permiten alternativas al proceso o al juicio en escenarios por fuera de los procesos judiciales. La conciliación es una forma de autocomposición antes o durante el proceso (se puede dar después, pero no constituiría alternativa al proceso o juicio), que busca alcanzar un acuerdo entre los involucrados en el conflicto. Se puede realizar ante autoridad administrativa o judicial, o ante un particular. Es un mecanismo alternativo y participativo que se da, generalmente, para eventos de poca gravedad. La remisión “entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad”, señala el comentario a la regla 11 de Beijing que incluso afirma: “la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima”.

En relación con la remisión y los diversos principios materiales y procesales de los procedimientos relativos a adolescentes, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva OC-17 / 2002 señala que se debe considerar “la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos”⁸⁶. El marco normativo internacional establece opciones para prescindir o disminuir la judicialización, ello básicamente a través del artículo 40.3b de la CDN, la regla 11 de Beijing y la Directriz 57 de RIAD. De acuerdo con el principio establecido en la Convención, artículo 40.3b:

Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a [niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de

86 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. *Opinión Consultiva OC-17 / 2002*, 28 de agosto de 2002, párr. 119.

haber infringido esas leyes] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Además del énfasis en las garantías del literal b del artículo 40.3 de la CDN, la Directriz 57 de RIAD establece que “debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes, que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses”. Por su parte la regla 11.3 de Beijing, según indica su comentario, “subraya que se deben tomar precauciones para disminuir al mínimo la posibilidad de coerción e intimidación en todos los niveles del proceso de remisión”. Se establece la necesidad de proteger los derechos humanos y las garantías legales del posible infractor y de la víctima, no solo para la remisión, sino también para la ejecución de las medidas a las que se remite. La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva oc-17 dice al respecto “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” y añade, “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”⁸⁷.

No todas las formas de desjudicialización tienen carácter restaurativo. La suspensión del proceso a prueba y el principio de oportunidad no tienen contenido restaurativo a menos que tengan en cuenta la reparación de la víctima. En algunas legislaciones el fiscal puede consultar a la víctima acerca de la solicitud de suspensión del procesado o incluir la mediación con las víctimas, si procede. La conciliación se considera un proceso restaurativo; la remisión con interven-

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. *Opinión Consultiva oc-17 / 2002*, 28 de agosto de 2002, ibíd., párr. 135.

ción, si remite a procesos en búsqueda de resultados restaurativos, constituye el mecanismo de desjudicialización que posibilita mecanismos de JJR alternativos al proceso penal.

VI. BALANCE DE LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN LATINOAMÉRICA

El proceso de adecuación de los ordenamientos nacionales a la CDN, en lo referente a justicia penal juvenil, lleva más de dos décadas, como se anotó. Se puede describir el proceso en dos fases, la inicial, de ajuste de los diferentes ordenamientos internos a la CDN, y una segunda, de reformas que se alejan de la convención y demás lineamientos internacionales en la materia. Este giro hacia modelos más restrictivos en los sistemas de justicia juvenil en la región no ha posibilitado el desarrollo del enfoque restaurativo.

La introducción de la justicia restaurativa se ha venido dando básicamente mediante la adopción de sus principios y la incorporación de los mecanismos de desjudicialización. Con ello se dan opciones alternativas al proceso y al juicio, como se señaló, que brindan oportunidades para desarrollar procesos en busca de resultados restaurativos.

Se puede observar que los países de la región incluyeron mecanismos de desjudicialización, dentro de los cuales se encuentran la remisión, la conciliación, el criterio de oportunidad reglado y la suspensión del proceso a prueba, como se dijo. De los 17 países de América Latina arriba relacionados, 13 incluyeron la conciliación; 12 la remisión; 11 el criterio de oportunidad reglado y 8 la suspensión del proceso a prueba⁸⁸. De esta forma, la suspensión del proceso a prueba se incluyó legislativamente en menos de la mitad,

88 Se refiere a porcentajes de los mecanismos consagrados en las “reglas especiales de procedimiento” en las legislaciones para infancia y adolescencia, no a las generales.

y aproximadamente dos terceras partes adoptaron el principio de oportunidad reglado, la remisión y la conciliación.

De otra parte, en relación con las sanciones no privativas de la libertad, que si bien no se deben considerar resultados restaurativos, como se vio, sí constituyen una forma de alternatividad acorde con una perspectiva restaurativa, la PSC fue adoptada por todos los países, y la reparación del daño como pena se adoptó por todos, a excepción de El Salvador, Bolivia, Perú y Colombia.

La JJR, a pesar de los mecanismos que la posibilitan, no se encuentra muy difundida como enfoque dentro del cual se desarrolla el proceso ni como práctica concreta. En el ámbito internacional, como se lee en la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa de 2009, “los esfuerzos realizados para atender a niños en conflicto con la ley sin recurrir a procesos judiciales, conforme lo recomienda claramente la CRC [CDN], son muy limitados e incluso inexistentes”. Las alternativas a la prisión en Latinoamérica tampoco se han dado⁸⁹. Se ha dicho de la justicia juvenil en la región que “no ha sido del todo eficaz para poner en práctica los principios de la justicia restaurativa”⁹⁰. Dentro de las experiencias que se pueden citar está la del sistema de justicia juvenil de Porto Alegre, con suspensión del proceso, PSC y reparación⁹¹; el proyecto piloto de justicia restaurativa en Chiclayo y el Agustino de Perú con remisión, PSC, mediación

89 Respecto a la libertad, las sanciones privativas han desplazado a las opciones alternativas. América Latina tiene las tasas más altas de privación de la libertad y Colombia la más alta entre ellas, con el 1,1 por mil, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *La prestación de servicios a la comunidad: una sanción con oportunidades para desarrollar procesos de justicia restaurativa en el SRPA*, Bogotá, OIM, 2012, p. 5.

90 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *La prestación de servicios a la comunidad: una sanción con oportunidades para desarrollar procesos de justicia restaurativa en el SRPA*, ibíd., p. 8.

91 PARKER, L., *Experimenting with Restorative Practices in Brazil*, 2002, consultado el 14 de marzo de 2013. Sitio web de Restorative Justice Organization. [<http://www.restorativejustice.org/editions/july02/brazilianschools>]

y reparación, que se dio de 2005 a 2007, y en El Salvador con PSC, mediación y reparación⁹².

En Colombia el artículo 140 del CIA establece que uno de los objetivos de los procesos para adolescentes es “garantizar la justicia restaurativa”, pero la sanción de prestación de servicios a la comunidad es la menos impuesta. El porcentaje de aplicación de las sanciones, a partir de las cifras remitidas por el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) de la Rama Judicial, muestra que entre 2007, cuando comenzó la aplicación del CIA, y junio de 2014, solo a un 5,08 % de los adolescentes sancionados se le impuso la PSC, aun cuando debería tener mayor aplicación de acuerdo con el objetivo señalado, en tanto que la privación de la libertad se aplicó en un 22,58%. Como indica el ICBF, “la tendencia de los jueces en la recurrente imposición de la privación de la libertad refleja todavía una mentalidad más tutelar y punitiva que restaurativa”⁹³.

La PSC, como ya se indicó, es una sanción alternativa a la privación de la libertad que se aplica al final de un proceso penal, de manera que su carácter restaurativo se desdibuja. MAXERA señala que “tiene siempre una finalidad restaurativa, ya que persigue que el adolescente comprenda que la colectividad o determinadas personas han sido lesionadas por su conducta delictiva y que los servicios que presta constituyen su reparación. Su carácter educativo es incuestionable y puede contribuir realmente al proceso de inserción comunitaria del adolescente”⁹⁴, pero la PSC como

92 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *La prestación de servicios a la comunidad: una sanción con oportunidades para desarrollar procesos de justicia restaurativa en el SRPA*, ibíd., pp. 35 y 47.

93 ICBF, *Observatorio del Bienestar de la Niñez*, diciembre de 2012.. Recuperado el 14 de febrero de 2013, de ICBF: [<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/BoletinNo5-2012.pdf>], p. 9.

94 MAXERA. *Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España*, op. cit., p. 17.

pena no está antecedida del proceso que le daría el sentido restaurativo, donde la comprensión del hecho tendría otro alcance. Medidas formales como la de la legislación boliviana, que prevé que en ningún caso se aplicará esta medida sin que el juez informe al adolescente sus fundamentos y fines, denotan la ausencia de contenido restaurativo. Además, si los programas se reducen a la elección entre un número cerrado de opciones, donde no se relacione la naturaleza de la actividad con la naturaleza de los hechos, el contenido restaurativo se reducirá aún más.

La reparación se prevé como sanción en la mayoría de legislaciones de la región (13 sobre 17), pero tiene una acepción monetaria en la mayoría de países; en otros, la reparación se puede dar a través de la prestación directa de trabajo (Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay). Ofrecer disculpas, forma de reparación simbólica, solo está incluida en la legislación paraguaya.

La reparación como pena impuesta por el juez, fruto de un proceso judicial donde la víctima no ha tenido un papel central y el joven se ha expuesto al procedimiento penal, no logra superar el modelo tradicional, será una pena más⁹⁵. Lo mismo se debe decir de la PSC, impuesta por el juez luego de un proceso donde la víctima no ha intervenido activamente para determinar la sanción. Es discutible, además, la utilización de este tipo de sanción en tanto puede deformar la idea constructiva del trabajo al asumirlo como castigo; de otra parte, el cometido de la OIT de evitar el trabajo infantil, se podría ver comprometido.

En efecto, en relación con la PSC, no como sanción, sino como medida de remisión recomendada (dentro de los mecanismos de desjudicialización), el comentario a la regla 11.3

95 LARRAURI. "La reparación", op. cit., p. 187, dice que existe la posibilidad de "configurar la reparación como una pena más o como exponente de un nuevo modelo de justicia penal reparadora".

de Beijing señala como requisito primordial el asegurar el consentimiento del adolescente (o de sus padres o tutores): “la remisión que consiste en la prestación de servicios a la comunidad sin dicho consentimiento constituiría una infracción al Convenio sobre la abolición del trabajo forzado”.

A pesar de que el modelo de responsabilidad dentro de la protección integral, derivado de los estándares internacionales, se deba definir y aplicar dentro de un enfoque restaurativo, ello solo se ha dado parcialmente. Las razones son de diferente orden, entre ellas, la propia definición normativa, la manera como esta ha sido implementada y la persistencia del modelo que se pretendió superar, no solo jurídico, sino ante todo cultural.

En efecto, las modificaciones en los países que inicialmente introdujeron el cambio, y las últimas legislaciones, tienen elementos que los alejan de un *SJJ* con posibilidades restaurativas. Ejemplo de lo primero es el caso de la modificación del Perú de 2002 que ajusta el modelo con normas especiales para el “pandillaje pernicioso” o el de la Ley Antimaras del El Salvador, que elimina posibilidades restaurativas en esos casos. Ejemplo de lo segundo es el caso de Colombia, con la introducción del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, cuya definición legislativa inicial incluye normas antinómicas a un enfoque de intervención mínima, en particular en relación con la libertad, normas que a su vez han sido objeto de modificaciones que han alejado aún más el sistema del modelo garantista⁹⁶.

A ello se debe añadir que uno es el momento de definición de los marcos normativos nacionales y otro el momento de aplicación de esas normas. La incorporación de principios, objetivos y mecanismos restaurativos llevaría a una justicia restaurativa que, de forma complementaria al

96 MARINO. “Excepcionalidad de la privación de la libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”, op. cit.

sistema de justicia penal, facilite al ofensor y a la víctima participar conjuntamente en la superación del conflicto generado por la infracción penal. Pero ello no se ha dado en la implementación de los *sj* en América Latina. Es en este proceso de aplicación cuando los modelos de pensamiento que se pretenden superados se proyectan sobre las nuevas legislaciones. Se debe trabajar en los cambios de paradigma más allá de lo normativo, de lo contrario, las posibilidades de progreso hacia una *jjr* en la región no serán realidad en un futuro próximo.

CONCLUSIONES

1. La justicia restaurativa no aparece explícitamente en los estándares internacionales en el campo de la justicia juvenil, pero estos estándares ofrecen alternativas para limitar la extensión del poder punitivo del Estado, de las cuales se derivan las posibilidades restaurativas.

2. Dentro de este modelo de justicia, el principio de excepcionalidad, tanto de los procedimientos judiciales como de la privación de la libertad, da las bases para propuestas alternativas desde donde se pueden construir propuestas restaurativas. Las formas de alternatividad se dan a través de la desjudicialización y la desinstitucionalización de las sanciones, y en ellas se deben respetar las garantías legales y los derechos humanos del adolescente y la víctima.

3. Las modificaciones que se han introducido en los sistemas de justicia penal juvenil en Latinoamérica y las últimas adecuaciones de países de la región a la *CDN* alejan a estos sistemas de las posibilidades restaurativas. Se ha dado la tendencia a separarse de un sistema penal juvenil de mínima intervención, donde la excepcionalidad del proceso y de la privación de libertad que posibilite procesos restaurativos sea su característica.

4. En las legislaciones de la región, la conciliación tiene un contenido netamente económico en la mayoría de los

casos, y la remisión, forma de desjudicialización que da la opción de acudir a mecanismos alternativos, ofrece pocos ejemplos restaurativos. Respecto a las sanciones alternativas, la reparación, así como la PSC, al no ser acordadas con quienes deberían participar en su definición, por medio de un proceso restaurativo, sino impuesto por un juez al agotarse el proceso penal, pierde sus posibilidades restaurativas.

5. En América Latina el proceso de adecuación de los sistemas de justicia juvenil a la CDN, tanto en la definición como en la implementación, le ha restado posibilidades a la justicia restaurativa. Los ejemplos son pocos, algunos de los cuales no desarrollan las potencialidades que la JJR tiene en los SJJ. Se trata, pues, de posibilidades formales que no han encontrado concreción y que se ven, cada vez más, debilitadas frente a las regresiones de los modelos de justicia juvenil en la región.

BIBLIOGRAFÍA

ASHWORTH, A. "Responsabilities, Rights and Restorative Justice", *The British Journal of Criminology*, vol. 42, n.º 3, 2002, pp. 578-595.

AYORA, L. "Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores", en *Penas alternativas a la prisión*, JOSÉ CID y ELENA LARRAURI (coords.), Barcelona, Bosch, 1997.

BASAGLIA, F. *Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión*. México D. F., Siglo XXI Editores, 1981.

BARATTA, A. "Viejas y nuevas estrategias de legitimación de la pena", *Revista Poder y Control*, n.º 0, 1986, pp. 77-92.

BAZEMORE, G., y WALGRAVE, L. "Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform", en *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of youth Crime*.

- G. BAZEMORE, y L. WALGRAVE (ed.), Monsey, New York, Criminal Justice Press, 1999.
- BINDER, A. *Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral*, Viña del Mar, CEJA, 2007.
- BRAITHWAITE, J. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York, Oxford University Press, 2002.
- BUSTOS, JUAN y LARRAURI, ELENA. *Victimología: presente y futuro*, Bogotá, Temis, 1993.
- CÁMARA, S. "Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina", *Revista de Justicia Restaurativa*, n.º 1, 2011, pp. 8-52.
- CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*, M. CASO, (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1984.
- CID, JOSÉ. "El trabajo en beneficio de la comunidad", en *Penas alternativas a la prisión*, JOSÉ CID y ELENA LARRAURI (coords.), Barcelona, Bosch, 1997.
- CID, JOSÉ. "Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 11, 2009, pp. 111-130.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA / Ser.L / V / II. Doc 78, 2011.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.491, Informe 41 / 99, 10 de marzo de 1999.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (25 de abril de 2007). Los derechos del niño en la justicia de menores, Observación General n.º 10 de 2007.
- CONGRESO MUNDIAL DE JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA. Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa, Lima, 7 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *Opinión Consultiva OC-17 / 2002*, 28 de agosto de 2002.

COUSO, J. "Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 8, 2006, pp. 51-63.

DÜNKEL, F. "La conciliación delincuente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y la práctica en el derecho comparado", en *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián*, BERISTAIN (ed.), San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989.

FERRAJOLI, L. "Il diritto penale minimo", *Revista Dei Delitti e Delle Pene*, n.º 3, septiembre-diciembre de 1985, pp. 493-524.

FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal edición*, 6.^a ed., Madrid, Trotta, 2004.

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 1984.

GOFFMAN, E. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, 7.^a ed., F. BASAGLIA, (trad.), Turín, Einaudi, 1968.

HULSMAN, LOUK, BERNAT DE CELIS, JACQUELINE. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona, Ariel Derecho, 1984.

ICBF. *Observatorio del Bienestar de la Niñez*, diciembre de 2012. Recuperado el 14 de febrero de 2013, de ICBF: [<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/BoletinNo5-2012.pdf>].

- LARRAURI, E. . "Tendencias actuales de la justicia restauradora", *Revista Estudios de Derecho*, vol. LXI, n.º 138, Junio de 2007, pp. 55-85.
- LARRAURI, E. "La reparación", en *Penas alternativas a la prisión*, JOSE CID y ELENA LARRAURI (coords.), Barcelona, Bosch, 1997.
- LLOBET, J. "Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil", en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, DAVID BAIGÚN et ál., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- LLOBET, J., TIFFER, C., y DÚNKEL, F. *Derecho penal juvenil*, San José, Ilanud, 2002.
- LYNCH, N. "Restorative Justice through a Children's Rights Lens", *International Journal of Children's Rights*, n.º 18, 2010, pp. 161-183.
- MARIÑO, C. "Excepcionalidad de la privación de la libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes", en *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- MARTINSON, ROBERT. "What works? Questions and answers about prison reform", en AA.VV., *The Public Interest*, N. 35, Nueva York, National Affairs Inc., Primavera de 1974.
- MAXERA, R. *Mecanismos restaurativos en la nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España* (informe), 22 de abril de 2005.
- MAXWELL, G., y MORRIS, A. *Understanding Reoffending*, Wellington, Institute of Criminology / Victoria University of Wellington, 2000.
- MESSUTI, ANA. "La víctima y el 'no sujeto de derecho'", *Revista de Ciencias Jurídicas, Colección Criminología y Victimología: El tiempo como pena y otros escritos*, n.º 2, 1998.
- O'DONNELL, D. *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Murillo Impresores, 2007.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), *La prestación de servicios a la comunidad: una sanción con oportunidades para desarrollar procesos de justicia restaurativa en el SRPA*, Bogotá, OIM, 2012.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General. "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)", *Resolución 40 / 33*, 28 de noviembre de 1985.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño. *Resolución 44 / 25*, 20 de noviembre de 1989.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), *Resolución 45 / 112*, 14 de diciembre de 1990.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, *Resolución 2002 / 12*, 24 de julio de 2002.

PARKER, L., *Experimenting with Retorative Practices in Brazil*, 2002, consultado el 14 de marzo de 2013. Sitio web de Restorative Justice Organization. [<http://www.restorativejustice.org/editions/july02/brazilianschools>]

PAVARINI, MASSIMO. "Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo", *Dei Delitti e Delle Pene*, año 3, n.º 3, septiembre-diciembre de 1985, pp. 525-553.

PLATT, A. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. México, Siglo XXI, 1982.

RUZ, L. *La reforma al sistema de enjuiciamiento criminal en Chile*, sitio web de la Fundación para el debido proceso, 1999, consultado el 21 de octubre de 2008, [http://www.dplf.org/sites/default/files/reformas_1st_publication.pdf].

- SAMPEDRO, J. *La humanización del proceso penal: una propuesta desde la victimología*, Bogotá, Legis, 2003.
- SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Secretario General acerca de la justicia restaurativa*, E/CN.15/2002/5/Add.1, 7 de enero de 2002.
- TIFFER, C. Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de la libertad para jóvenes delincuentes, en *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, C. TIFFER y J. LLOBET, San José, Unicef-Ilanud, 1999.
- TOCORA, F. "La reforma procesal penal en América Latina", *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 33, n.º 4, octubre de 2005, pp. 445-468.
- TUTU, DESMONT. *No Future without Forgiveness*, Nueva York, Doubleday, 1999.
- UPRIMNY, R., MARIÑO, C. y CASTILLO, C. "Garantismo y justicia penal: un marco conceptual para analizar la justicia penal colombiana", *Revista Rostros y Rastros*, n.º 5, junio-diciembre de 2010, pp. 19-29.
- VAN NESS, D. *Crime and its Victims*, Leicester, Inter-Varsity Books, 1986.
- VASCONCELOS, R. *La justicia para adolescentes en México*, México D.F., Unicef, UNAM, 2009.
- WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2000.
- WALGRAVE, L. "Community Service as a Cornerstone of a Systemic Restorative Response to (Juvenile) Crime", en *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of youth Crime*, G. BAZEMORE, y L. WALGRAVE (ed.), Monsey, Criminal Justice Press, 1999.
- ZAFFARONI, E. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Temis, 1993.