

Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

**REFORMA A LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE:
¿POR QUÉ NO DAR UN GIRO HACIA
LA JUSTICIA RESTAURATIVA?**



Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

**REFORMA A LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE:
¿POR QUÉ NO DAR UN GIRO HACIA
LA JUSTICIA RESTAURATIVA?**



Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, N° 5

“Reforma a la justicia penal adolescente: ¿Por qué no dar un giro hacia la justicia restaurativa?”

©Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF

Autora: Alejandra Mera

Edición académica: Anuar Quesille (UNICEF)

Edición: Carolina Silva

Diseño y diagramación: Carlos Bravo

Registro de Propiedad Intelectual: A-290035

Edición de 500 ejemplares

Santiago de Chile

Mayo de 2018

Impresión: Andros impresores

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	03
I JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA PENAL JUVENIL	05
II JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA: EXPERIENCIAS INTERNACIONALES	09
1. El modelo de conferencias restaurativas.....	10
2. La mediación penal.....	18
III ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL	23
1. Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y demás instrumentos internacionales referidos a la justicia juvenil	23
2. Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal (2002), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)	28
3. “Promoviendo la Justicia Restaurativa para los niños” (2013), Documento de la Repre- sentante Especial de la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños (SRSGVAC)	29
4. Estándares de justicia restaurativa en el contexto europeo	30
5. Instrumentos relativos a las víctimas	33
IV Ley N° 20.084: Falencias en su diseño institucional e implementación	35
V Funcionamiento de la Ley N° 20.084 desde una mirada restaurativa.....	43
VI Elementos centrales de una reforma a la Ley N° 20.084 con contenido restaurativo	47
1. Instalación de un sistema de responsabilidad penal juvenil autónomo e independiente del sistema de justicia penal de adultos	48
2. Instalación de un sistema de justicia penal adolescente especializado orgánicamente.....	49
3. Diseño de un procedimiento debidamente especializado	52

4. Amplia gama de medidas de desjudicialización y diversificación de respuestas	55
5. Integración de una orientación restaurativa al sistema de medidas o sanciones.....	61
6. Incorporación de la posibilidad de derivación a procesos restaurativos en todas las etapas del procedimiento.....	68
7. Necesidad de incorporar el uso de procesos restaurativos en la legislación	71
8. Diseño de una institucionalidad que organice y/o provea procesos de justicia restaurativa	73
 BIBLIOGRAFÍA.....	 77

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto dar cuenta de los elementos centrales de un modelo de justicia restaurativa para adolescentes en conflicto con la ley penal, que orienten el proceso de reforma a la Ley N° 20.084 (en adelante, también, la Ley o LRPA).

Uno de los elementos que diferencian en mayor medida a la justicia restaurativa del sistema de justicia penal tradicional, es que esta última entiende al conflicto penal primordialmente como un asunto entre el Estado y el imputado, derivado de la infracción de una norma por parte del ofensor, y busca la imposición de una sanción retributiva como la intervención prioritaria frente a la comisión de un delito. La justicia restaurativa, en cambio, sitúa a las partes (víctima y ofensor), y a sus intereses, en el centro del proceso; y al encuentro y a la reparación, como objetivos principales de la intervención. La justicia restaurativa, por tanto, representa un cambio de paradigma tanto en la manera de comprender el conflicto penal como en la forma de abordar sus consecuencias.

En el terreno de la justicia juvenil, la justicia restaurativa se caracteriza específicamente por el interés en responsabilizar de manera significativa al joven ofensor, lo que se logra a través de un proceso que incluye el encuentro con la víctima y una reparación acordada por ambas partes, evitando en la mayor medida posible su privación de libertad.

Es relevante tener en cuenta este punto de partida cuando se analizan los elementos centrales que debiera incluir un modelo de justicia juvenil restaurativa, especialmente en vista a la reforma del sistema que se encuentra vigente actualmente en Chile luego de la entrada en vigencia de la Ley 20.084. Esto es así porque la adopción de un modelo con orientación restaurativa supone una determinada opción de sistema de justicia y una específica comprensión de las dimensiones del conflicto penal y sus consecuencias, que trasciende la adopción o implementación de ciertas medidas o programas en particular. Por esta razón, si bien es cierto que se podrían introducir determinados mecanismos o procesos restaurativos en el contexto de la legislación actual, tales iniciativas se verían muy limitadas desde el punto de vista de obtener los resultados (restaurativos) esperados, pues seguramente serían marginalizadas por un sistema que opera en una lógica que se opone teóricamente a estos objetivos. En ese escenario tampoco existirían, en la práctica, los incentivos correctos para fomentar su uso.

El trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar se da cuenta del concepto, alcance y desarrollo de la justicia restaurativa en las últimas décadas, especialmente en el terreno de la justicia juvenil. Luego se describen experiencias internacionales exitosas en las que existen

mecanismos de justicia restaurativa que contribuyen concretamente a la resocialización y reinserción social de los adolescentes infractores de ley, en base al mandato establecido en la *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante CDN¹). Posteriormente se señalan los estándares internacionales que se refieren directamente a la justicia restaurativa y también aquellos con los cuales ésta es compatible. Más adelante se exponen las principales falencias del diseño institucional y de la implementación de LRPA, que justifican una propuesta de reforma de orientación restaurativa. Finalmente se proponen los elementos centrales que debieran tenerse en cuenta de cara a una eventual reforma a la Ley, con miras a garantizar la debida especialización del sistema, la protección efectiva de los derechos de los adolescentes y la inclusión de una perspectiva restaurativa.

1 La CDN señala en su artículo 1° que se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad.

JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

El concepto de justicia restaurativa no es unívoco. Por el contrario, evoca diferentes procesos, intervenciones, objetivos, alcances, ámbitos y fundamentos. Sin embargo, cuando se habla de justicia restaurativa en el contexto de la justicia criminal de las últimas décadas, y especialmente en el ámbito de la justicia juvenil, ella se refiere a una manera específica de comprender el conflicto penal y de abordar sus consecuencias.

Esta forma de entender el conflicto penal sitúa a las partes (víctima y ofensor), y a sus intereses, en el centro del proceso; y al encuentro y la reparación, como objetivos principales de la intervención. Como se ve, esta aproximación difiere de manera relevante del sistema de justicia penal tradicional, que entiende primordialmente al conflicto penal como un asunto entre el Estado y el imputado, derivado de la infracción de una norma por parte del ofensor, y la imposición de una sanción retributiva como la intervención prioritaria frente a la comisión de un delito.

La definición más ampliamente reproducida de justicia restaurativa corresponde a Marshall (1996), quien la concibe como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”. La relevancia de esta definición, y la razón por la cual sigue siendo profusamente citada –aunque tiene limitaciones²–, es que contiene los elementos centrales de la justicia restaurativa a los que nos hemos referido con anterioridad, esto es, la intervención de las partes directamente involucradas en el conflicto para decidir sobre la forma de resolverlo, con una mirada prospectiva.

Por su parte, la definición de programas restaurativos de los *Principios Básicos sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Criminal* (en adelante Principios Básicos) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002, representa un esfuerzo por precisar los aspectos centrales de diferentes programas restaurativos y la forma que ellos asumen en la práctica. Según esta definición, un programa de justicia restaurativa es aquel que usa “procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos”.

² En relación a las limitaciones de la definición se ha señalado, por ejemplo, que es parcial, puesto que pone énfasis en el proceso por sobre el objetivo principal que es la reparación del daño (Díaz, 2010), o que no señala qué es lo que tiene que ser restaurado y no define los valores de la justicia restaurativa (Mera, 2009).

De acuerdo a los Principios Básicos, un proceso restaurativo es “cualquier proceso en el cual la víctima y el ofensor, y cuando es apropiado otras personas o miembros de sus comunidades afectados por el delito, participan juntos activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, generalmente con la ayuda de un facilitador. Estos procesos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia.” Los resultados restaurativos, a su vez, son los acuerdos logrados como resultado de un proceso restaurativo; incluyen respuestas y programas como la reparación, la restitución o el servicio a la comunidad, todos ellos encaminados a satisfacer las necesidades y responsabilidades de las partes y de la comunidad, y lograr la reintegración de la víctima y del ofensor.

El movimiento de justicia restaurativa en el marco de la justicia criminal emerge hace cerca de 30 años, básicamente como una crítica al sistema de justicia tradicional. El lugar donde la literatura frecuentemente sitúa la primera experiencia de justicia restaurativa es Ontario, Canadá, cuando en 1974 el *Mennonite Central Committee (Church)*, en el espacio brindado por ciertos tribunales, introdujo la mediación penal para resolver algunos casos a instancias de un tribunal³. Desde ahí en adelante puede afirmarse que los programas de justicia restaurativa han mostrado una expansión muy importante, especialmente durante las últimas décadas (Dünkel et al., 2015; Umbreit, 2001). Daly (2004, p. 500) afirma que ninguna otra práctica relativa a la justicia ha generado tanta atención como la justicia restaurativa en un periodo tan corto de tiempo, haciendo alusión al robusto trabajo académico existente en la materia.

Por regla general, la justicia restaurativa ha tenido mayor desarrollo en el contexto de la justicia penal juvenil y especialmente en el mundo anglosajón —en sus comienzos—, aunque cada vez gana más terreno en los países de tradición continental europea. El que la justicia restaurativa haya tenido un lugar privilegiado dentro de la justicia juvenil no es casual, ya que ésta última parece estar en permanente cambio y, por lo tanto, ha sido naturalmente un terreno fértil para la innovación. Además, como señala Walgrave (2002, xvi), la justicia penal juvenil constituye una especie de isla dentro del sistema de justicia criminal, “donde excepcionalmente no se implementan sus apriorismos, o al menos estos son susceptibles de ser modificados”. La justicia restaurativa, que se erige justamente desde una perspectiva crítica al modelo de justicia penal tradicional, se ha

3 Aunque muchos partidarios de la justicia restaurativa sostienen que las raíces de este tipo de procedimientos se sitúan en los sistemas de resolución de conflictos de las sociedades pre-modernas, esta aproximación ha sido discutida. Ello, porque un aspecto central de la perspectiva restaurativa ha sido su planteamiento crítico frente al tratamiento de los conflictos penales por parte del Estado moderno, dimensión que queda relegada si se sitúan sus orígenes e inspiración en culturas pre-modernas. Por otra parte, el vínculo más frecuentemente citado entre justicia restaurativa y prácticas de justicia indígena, las *Family Group Conferences* (FGC) de Nueva Zelanda y el sistema de justicia criminal maorí, no es riguroso. Asumiendo que el cuestionamiento maorí al sistema de justicia criminal juvenil neozelandés fue un ingrediente central de la reforma de 1989, ello no significa que las conferencias restaurativas constituyan una práctica de justicia indígena (Mera, 2009); pese a todo, el reconocimiento y la existencia de estas tradiciones pueden ser elementos facilitadores para la inclusión y el desarrollo de estos procedimientos en la justicia penal contemporánea (Tonry, 2006).

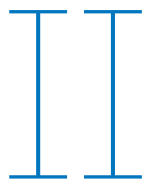
ajustado así más cómodamente en el terreno de la justicia juvenil. Por último, cabe mencionar que la justicia restaurativa comparte muchos de los valores y principios que contienen diversos instrumentos internacionales relativos a la infancia y la justicia criminal⁴. Entre ellos, destacan especialmente la demanda por un sistema especializado, alejado de la retribución y orientado a la reinserción, con un amplio espacio de desjudicialización y límites estrictos a la privación de libertad, y que le concede un rol relevante a la participación de la familia del adolescente en el proceso penal, promoviendo el respeto de su dignidad y su responsabilización.

Desde otra perspectiva, otra fuente de inspiración de programas de justicia restaurativa ha provenido del movimiento en favor de las víctimas, que sostiene que el sistema de justicia criminal tradicional ha relegado a la víctima a un rol marginal, e incluso, peor que aquello, muchas veces la ha hecho objeto de una nueva victimización como consecuencia del mismo procedimiento (Bolívar, 2011, p. 9). La justicia restaurativa, por el contrario, ofrece a la víctima un rol central en la resolución del conflicto y la posibilidad de obtener una reparación significativa. En general, los estudios que han hecho seguimiento a los efectos de los programas de justicia restaurativa, especialmente aquellos que incluyen conferencias restaurativas, coinciden en indicar que las víctimas que participan de ellos tienen una muy alta valoración de los mismos, tanto en términos de otorgar legitimidad al procedimiento, como en manifestar menor temor y rabia hacia el ofensor, y superar el trauma que deja el delito (Sherman y Strang, 2007; Strang et al., 2013).

Situar a la víctima y a la reparación en un lugar central dentro de los sistemas de justicia juvenil no fue tradicionalmente un aspecto relevante en los instrumentos internacionales relativos a la justicia penal de la infancia. Sin embargo, en el último tiempo estos elementos se han ido integrando, especialmente por el potencial que tienen para hacer efectiva la responsabilidad de una manera significativa, a través de un encuentro restaurativo entre la víctima y el adolescente ofensor. Por ello, el término “justicia restaurativa” se ha ido incorporando progresivamente en el contexto internacional, lo que da cuenta de la inclusión de la víctima como un actor relevante en estos procesos. La Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños (en adelante SRGSVAV) señala, desde esta perspectiva, que la dimensión de participación de la justicia restaurativa, que permite el diálogo entre la víctima y el joven victimario, le entrega a éste último la oportunidad de comprender verdaderamente el daño causado y ser parte de una respuesta constructiva (SRGSVAV, 2013, p. 27).

4 Entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad (Reglas de La Habana, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad, 1990).

Ahora bien, a nivel comparado existe una multiplicidad de modelos y procesos restaurativos, cuyas características difieren dependiendo de la etapa del procedimiento en la cual tienen lugar (por ejemplo, si se emplean como alternativas al proceso o *'diversion'*, antes de la sentencia, post-sentencia, etc.), del tipo de ofensores y ofensas que pueden ser susceptibles de acceder a un programa restaurativo, o bien del modelo de programa implementado (mediación, conferencias, círculos, etc.) A pesar de estas diferencias y de las particularidades de los países donde se implementan estos mecanismos y su cultura legal, luego de una revisión de diferentes programas restaurativos, Dignan (2005, p. 25) señala que hay dos características que comparten todos los modelos: intentan reparar el daño causado por la comisión del delito y están orientados a que el ofensor enfrente su responsabilidad frente a las personas que han sido afectadas por sus actos. Muchos de ellos, en especial aquellos que han sido caracterizados como "más" restaurativos, comparten además el compromiso de establecer encuentros informales, inclusivos y no coercitivos.



JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA: EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

La mayoría de las reformas de orientación restaurativa en el contexto de la justicia penal juvenil han estado inspiradas en el fracaso de la justicia tradicional para enfrentar la problemática de los jóvenes que cometen delitos, en la ineficacia y los efectos adversos de la privación de libertad para los niños y adolescentes, y en la necesidad de compatibilizar las necesidades específicas de los adolescentes— por ser sujetos en desarrollo, por tanto, con responsabilidad disminuida— con los intereses del Estado, en orden a perseguir y sancionar la comisión de delitos y resguardar los derechos de quienes son víctimas de los mismos.

En la actualidad, aunque con variaciones importantes, la mayor parte de las legislaciones sobre justicia penal juvenil en países anglosajones y europeos, como también de manera incipiente en algunos países latinoamericanos, integran aspectos restaurativos. En esta sección se incluye la revisión de la regulación de dos tipos de sistemas de justicia penal juvenil restaurativa que han sido exitosos, tanto en términos de su implementación como de sus resultados.

En primer lugar, se hace referencia al sistema de *conferencias restaurativas* de Nueva Zelanda e Irlanda del Norte. Estas experiencias son interesantes ya que ambos países han ubicado a la justicia restaurativa en el núcleo central del sistema de justicia penal juvenil. Además, han sido evaluadas periódicamente, mostrando resultados alentadores tanto en términos de la disminución del uso de la privación de libertad, como en la satisfacción de los intereses de las víctimas, en el desistimiento criminal de los jóvenes y en sus perspectivas de reinserción. Luego se presenta el modelo de *mediación penal juvenil o mediación víctima-ofensor*, que es el más utilizado en el contexto internacional, especialmente en Europa y Estados Unidos, haciéndose especial referencia a los modelos instaurados en Bélgica y Finlandia, los más exitosos en el contexto europeo.

Una de las diferencias más relevantes entre ambos modelos es que el sistema de conferencias busca atraer la responsabilidad de las personas que conforman el sistema de apoyo del adolescente para ayudarlo a llevar adelante la reparación y a modificar su comportamiento en el futuro, como también reconectar a la víctima y el victimario con la comunidad.

1. El modelo de conferencias restaurativas

1.1 Nueva Zelanda

Nueva Zelanda fue el primer país en incorporar el modelo restaurativo de conferencias familiares dentro de una legislación nacional sobre justicia penal, reformando de manera radical su sistema de justicia juvenil el año 1989, mediante la legislación *New Zealand's Children, Young Persons and their Families Act*. La reforma estuvo motivada fundamentalmente por la crítica del pueblo maorí al sistema de justicia penal tradicional, la presión ejercida por el movimiento de apoyo a los derechos de las víctimas, y los altos grados de insatisfacción general con el sistema de justicia juvenil. El nuevo sistema intentó superar las dicotomías del modelo de bienestar y de justicia, haciendo responsable al niño pero, a la vez, otorgándole la debida consideración a sus necesidades (Morris y Maxwell, 2003). Sin duda, el elemento central del nuevo sistema son las *Family Group Conferences* (FGC), pues aunque no son utilizadas en todos o la mayoría de los casos que ingresan al sistema, establecen el modelo y los principios en los que se basa la justicia penal juvenil en ese país. Es interesante destacar que Nueva Zelanda adoptó un modelo restaurativo también para el sistema de protección, en el cual las FGC son un elemento central (Carswell et al., 2013).

Muchos de los casos de delincuencia juvenil en Nueva Zelanda son manejados por la policía de manera informal, sin recurrir al sistema de justicia criminal, de modo que si la ofensa es leve, la policía termina el asunto en la calle o con una advertencia inmediata. Si es necesario tomar otra medida se deriva al joven a la *Sección Policial de Ayuda a la Juventud* (*Police Youth Aid Section*), la que en presencia de los padres le entrega una advertencia, pide una disculpa para la víctima o le impone una sanción adicional, con su consentimiento (por ejemplo, un trabajo comunitario). Estas formas de término ocurren en la mayoría de los casos. Solo cuando las advertencias no han sido exitosas en el pasado o cuando la ofensa es más seria, se deriva al joven a una FGC. Si el adolescente es arrestado se envía el caso directamente a la Corte Juvenil, pero ello ocurre solo en casos graves (Mera, 2009).

Existen dos instituciones que pueden encauzar a un joven a una FGC: la Sección Policial de Ayuda a la Juventud y la Corte Juvenil.

La primera solo deriva un caso a una FGC cuando la ofensa es lo suficientemente relevante para ser conocida en la Corte y siempre que el joven acepte participar. Si niega los cargos, la Sección puede solucionar informalmente el caso o enviarlo a la Corte, dependiendo de las circunstancias del delito. Si el adolescente es enviado a la conferencia y es exitosa, se da por finalizado el conflicto.

El requisito para que un caso sea derivado por la Corte Juvenil a una FGC es que el joven “no niegue” los cargos. También puede ser enviado si los cargos se prueban, pero no ha habido oportunidad previa para considerar la mejor forma de enfrentar el conflicto y parece necesario o deseable hacerlo. Cuando un caso es derivado por la Corte Juvenil, los resultados de la FGC deben ser comunicados a la Corte para que el juez los considere en la eventualidad de dictar sentencia.

a) Descripción del proceso

El proceso mediante el cual se lleva adelante la FGC es muy flexible, lo que constituye una característica esencial del modelo. Un coordinador de justicia juvenil, que es un funcionario estatal, debe encargarse de toda la organización de la conferencia, asegurando que los objetivos y principios de la ley se cumplan (Maxwell y Morris, 2006). Para que la FGC se lleve adelante deben estar presentes el joven, un familiar, el coordinador, la víctima o un representante, un funcionario de la policía, un abogado del joven si ha sido derivado por la Corte y un trabajador social cuando el joven está en una institución, sin perjuicio que la flexibilidad de la FGC permite que puedan integrarse otras personas significativas para ambas partes que quieran asistir.

Como el objetivo es que los participantes y sus familias determinen cómo llevar adelante la conferencia, existen pocas reglas que la regulen. No obstante ello, el coordinador comienza dando la bienvenida a los participantes, presentándolos y describiendo –en términos generales– los propósitos del encuentro. Luego, usualmente el policía lee un resumen con los hechos relevantes y se le pregunta al joven si está de acuerdo con la exposición; si no lo está o se produce un desacuerdo, el caso puede volver a la institución derivadora. Posteriormente, la víctima o su representante describen los efectos que el delito le ha causado y cómo se sienten respecto de lo que pasó; esto se considera muy relevante para la víctima, pero también para el joven, pues le da un claro entendimiento del impacto de lo que ha hecho, tomando mayor responsabilidad. Luego se produce una discusión abierta de la ofensa y de las circunstancias que la provocaron, tras lo cual el joven y su familia dejan la sala para discutir un plan que contenga una propuesta de reparación del daño y condiciones para prevenir la reincidencia; esta es una reunión privada que demuestra el compromiso de la ley de hacer protagonista a la familia del joven ofensor. Después de esta reunión, los participantes vuelven a la sala. Un vocero señala cuál es el plan y se discute la propuesta. A veces en este momento la familia y el joven se disculpan con la víctima. Si se llega a un acuerdo, el proceso concluye ahí; sin embargo, si el caso fue derivado por la Corte, el acuerdo debe ser aprobado por ésta o al menos debe orientar su decisión (Mera, 2009).

Uno de los objetivos centrales de este proceso es que las partes envueltas directamente en el conflicto sean quienes tomen las decisiones sobre qué hacer en relación a los hechos. Los acuerdos deben considerar el punto de vista de la víctima, la necesidad de hacer responsable al joven por el delito y cualquier otra medida que pueda prevenir que éste reincida, aumentando su bienestar y/o fortaleciendo a la familia (Maxwell y Morris, 2006). El rango de posibles medidas es extenso y puede incluir una disculpa, trabajo comunitario, reparación, participación en un programa, supervisión, restitución, etc. Los acuerdos más comunes incluyen disculpas y trabajo comunitario⁵.

b) Evaluaciones

Las evaluaciones de este sistema indican desde sus comienzos que, en términos generales, las conferencias son vistas de manera positiva por todos los involucrados. Según la evaluación realizada por Maxwell y Morris (2006) en 1990-1991, cerca de la mitad de los jóvenes se sintieron involucrados en el proceso de llegar a una decisión. Otra mitad sintió que su voluntad había sido subsumida por su familia, pero incluso este porcentaje de involucramiento es mucho mayor al de los jóvenes ante la Corte, donde generalmente permanecen pasivos, dejando actuar a sus abogados. En relación a los acuerdos, los jóvenes mostraron altos niveles de satisfacción (84-85%).

De las víctimas que participaron en el citado estudio, cerca del 60% describe a la FGC como una instancia de gran ayuda, positiva y reconfortante; en la mayoría de los casos dicen haberse sentido activamente involucradas en el proceso y mejor tras haber participado en él, que pudieron intervenir en el logro del acuerdo y que el encuentro cara a cara con su ofensor, les permitió comprender mejor lo que había pasado y tener herramientas para enfrentar de mejor manera una eventual situación similar en el futuro. Un cuarto de las víctimas, sin embargo, dijo sentirse peor, especialmente por haber percibido que el ofensor y su familia no lamentaban lo que había sucedido. Pese a los resultados, la participación de las víctimas aún se mantiene baja. Maxwell y Morris (2006, pp. 150-151) señalan además que la actuación de la policía para solucionar casos sin que se recurra a la Corte ha efectivamente disminuido el número de casos que se judicializan, como asimismo ha implicado una reducción de las sanciones privativas de libertad.

Maxwell y Morris (2006, pp. 255-256) destacan, sin embargo, que el objetivo del sistema de conferencias en cuanto a mejorar el bienestar del adolescente ha tenido

5 Para consultar más detalles sobre el sistema ver: <http://www.justice.govt.nz/courts/youth/about-the-youth-court/family-group-conference>.

menos éxito. Ello, porque en más de la mitad de las ocasiones el plan de reparación no contempla ninguna medida en este sentido, lo que, a su vez, puede estar indicando un problema en relación al acceso a instancias de apoyo educacional, de salud, etc. Sin embargo, cuando sí se contempla alguna actividad tendiente a mejorar el bienestar del ofensor, en general el plan se cumple.

Por otra parte, de acuerdo a Sherman y Strang (2007), la reincidencia tras un procedimiento restaurativo en el sistema de justicia juvenil en Nueva Zelanda no es más alta que en el sistema de justicia penal tradicional y, en determinados casos, muestra mejores resultados.

1.2 Irlanda del Norte

Irlanda del Norte también reformó radicalmente su sistema de justicia juvenil hacia un modelo restaurativo. Así, el año 2002 se implementó la normativa *Justice (Northern Ireland) Act* y en 2003, las *Youth Conference Rules*, normativa mediante la cual se introdujo el Servicio Juvenil de Conferencias (Youth Conferencing Service). La reforma de la justicia juvenil se llevó adelante tras una completa revisión del sistema de justicia criminal, como resultado del proceso de paz y el subsecuente *Belfast Agreement* en 1998. Esto es relevante, ya que la opción por instaurar un sistema de justicia penal restaurativa se origina en la desconfianza que generó el sistema de justicia criminal durante los largos años de conflicto en el país. Asimismo, estándares internacionales de derechos humanos también cumplieron un rol relevante en la reforma al sistema de justicia juvenil, especialmente la Recomendación (99)19 del Consejo de Europa sobre mediación en materia penal (O'Mahony y Dünkel, 2015, p. 126).

De acuerdo a O'Mahony y Campbell (2006, p. 8), el sistema de conferencias de Irlanda del Norte es radical, ya que, tal como el adoptado en Nueva Zelanda, busca que las conferencias restaurativas sean la “respuesta principal para la mayor cantidad de adolescentes infractores”.

El sistema de conferencias fue implementado de manera gradual. Así, en 2003 se introdujo el Servicio de Conferencia Juvenil como un programa piloto, solo disponible para niños, niñas y adolescentes entre 10 y 16 años de edad en Belfast (Greater Belfast Area), para posteriormente expandirse al resto del país, luego de que el programa piloto fue exhaustivamente evaluado. El sistema contempla dos tipos de conferencias juveniles: las que tienen un objetivo de desjudicialización y aquellas ordenadas por la Corte Juvenil.

Los fiscales pueden enviar un caso a una conferencia cuando lo estimen conveniente, siempre luego de haber comenzado una investigación. Tal como señalan O'Mahony y Campbell (2006, p. 9), estas conferencias no pretenden ocuparse de ofensores primerizos por hechos que constituyan criminalidad leve, ya que en esos casos generalmente la policía interviene y lo resuelve con una advertencia o reprimenda en la estación policial, siempre con la presencia de los padres u otro adulto responsable. Si la ofensa no es tan leve, la policía puede resolverlo a través de una amonestación restaurativa (*restorative caution*), la que puede incluir un encuentro con la víctima u otras personas afectadas por la ofensa y/o acciones reparadoras de parte del ofensor a favor de la víctima o la comunidad. Sin embargo, de acuerdo a O'Mahony y Dünkel (2015, p. 128), este tipo de medidas restaurativas podría estar configurando una ampliación de la intervención penal, ya que generalmente se hace cargo de casos de criminalidad menor, en los cuales el joven ofensor anteriormente solo era objeto de una reprimenda.

Para que la conferencia tenga lugar, es necesario que el joven consienta voluntariamente su participación en el proceso y admita que ha cometido la ofensa. De no ser así, el fiscal debe decidir si sigue con el procedimiento en la Corte.

En segundo término, el joven puede ser derivado a una conferencia restaurativa por la Corte Juvenil. Aquí también se requiere su consentimiento para participar en la conferencia y la admisión o declaración de su responsabilidad en los hechos involucrados.

El sistema funciona sobre la base de que la gran mayoría de los casos son susceptibles de ser derivados a una conferencia. Así, solo los delitos de terrorismo, o que serían merecedores de presidio perpetuo si fueran cometidos por un adulto, son de antemano excluidos de ser zanjados por esta vía. De esta manera, Irlanda del Norte a priori no descarta prácticamente ningún delito de la posibilidad de resolverse en un contexto restaurativo.

Además de las conferencias, la Corte puede ordenar otras medidas que también pueden considerarse restaurativas como, por ejemplo, las *Reparation Orders* o *Community Responsibility Orders*. Estas últimas tienen un importante foco en la comunidad y en la víctima, pero han sido criticadas y escasamente utilizadas (O'Mahony y Dünkel, 2015, p. 126).

a) Descripción del proceso

Cuando el caso es derivado a una conferencia, ésta es dirigida por un coordinador (*youth conference co-ordinator*) y deben estar presentes en ella, además del joven ofensor, un oficial de policía y un adulto que acompañe al adolescente —en general uno de sus

padres o un trabajador social–; también pueden hacerlo otras personas si se estima que es beneficioso para el joven. La participación de la víctima o de su representante en la conferencia no es obligatoria.

Si la víctima decide no participar en forma directa en la conferencia, el sistema permite que indirectamente pueda expresar el impacto que produjo el delito en su vida a través de un video, una llamada telefónica, una carta o mediante un representante (O’Mahony y Campbell, 2006, p. 10). Este aspecto revela una diferencia relevante entre el sistema neozelandés y el de Irlanda del Norte, ya que el primero se centra principalmente en el joven ofensor y en su familia, y no estipula espacios de participación de la víctima más allá de la conferencia.

En relación al proceso, el coordinador está encargado de la organización y desarrollo de la conferencia, debiendo realizar todos los “esfuerzos razonables” –de acuerdo a las Reglas de Conferencias Juveniles– para visitar al joven en persona dentro de los cinco días posteriores a la derivación del caso. En este primer encuentro, el coordinador debe recabar la versión y perspectiva del adolescente acerca de los hechos y evaluar su disposición a participar en la conferencia (O’Mahony y Campbell, 2006, p. 11).

Solo si el coordinador estima que es apropiado que el joven participe en el proceso y este último consiente en hacerlo, la víctima es informada para que pueda decidir si participa en la conferencia. Tal como ocurre en Nueva Zelanda, existe un amplio margen de flexibilidad en cuanto a la forma en cómo se llevan adelante las conferencias. Sin embargo, O’Mahony y Campbell (2006, p.12) refieren que muchos coordinadores siguen el plan en “tres pasos” que propone el manual de prácticas restaurativas (*Youth Conference Practice Manual*), que incluye la discusión de la ofensa, de las consecuencias que ésta produjo y de las propuestas para abordar la reparación. La conferencia puede llevarse a cabo en cualquier lugar neutral, previamente convenido por los participantes, aunque generalmente se realiza en las dependencias del *Youth Conference Service*.

Al comenzar, el coordinador debe explicar a quienes se encuentren presentes cómo se llevará adelante la conferencia. Luego, generalmente el representante de la policía expone un resumen de los hechos relevantes del caso, tras lo cual el joven manifiesta su visión de lo ocurrido, para luego entrar en diálogo con la víctima, si es que se encuentra presente. En esta etapa la víctima es invitada a describir su postura frente a los hechos, especialmente en relación a cómo la ofensa la ha afectado, y el joven tiene la oportunidad de disculparse, lo que sucede en la mayoría de los casos –84% de acuerdo a un estudio realizado por Beckett y otros (2004, p. 11).

Luego de la conferencia, los participantes deben acordar un plan de reparación que tome en cuenta los hechos y las necesidades de la víctima y del joven ofensor. De la misma manera que en Nueva Zelanda, el plan generalmente incluye las disculpas del joven y/o alguna forma de reparación a la víctima o a la comunidad, la que no puede efectuarse en un plazo superior a un año⁶.

b) Evaluaciones

Una evaluación temprana del sistema, realizada en 2003 por Beckett y otros autores (2004), mostró que las víctimas habían intervenido en un 62% de las conferencias realizadas. De ellas, el 95% había decidido participar porque quería explicar al ofensor de qué manera el delito la había afectado, y el 90% quería escuchar lo que el ofensor tenía que decir. Además, el 80% señaló que participaba porque quería ayudar al joven infractor.

En esta evaluación, la gran mayoría de las víctimas se manifestaron satisfechas con el proceso, quienes en un 79% lo consideraron ‘satisfactorio’ o ‘muy satisfactorio’ y todas las víctimas entrevistadas señalaron que recomendarían a otras víctimas participar en una conferencia. Los jóvenes, por su parte, tuvieron opiniones más disímiles en cuanto a su participación en ella, aunque solo un 37% manifestó su preferencia por el proceso tradicional.

Otros hallazgos del estudio de Beckett y otros autores indican que todos los jóvenes recibieron una visita personal del coordinador de la conferencia y la mayoría de ellos la consideró provechosa. Mientras que, de acuerdo a la misma investigación, algunos aspectos de las conferencias, como la confidencialidad y la voluntariedad, no siempre eran explicados adecuadamente por los coordinadores, detectándose que a veces los coordinadores utilizaban un lenguaje innecesariamente formal y complejo.

El estudio mencionado (Beckett et al., 2004, p. 12) señala además que más de tres cuartos de los planes de las conferencias involucraron alguna forma de reparación o restitución, y en algunos casos la reparación solo consistió en la disculpa.

6 La Sección 3 C (1) de “Justice (Northern Ireland) Act (2002)” establece los lineamientos de lo que el Plan debería contener, de forma que el joven debe comprometerse a llevar adelante una o más de las siguientes actividades: disculparse con la víctima, realizar algún tipo de trabajo comunitario no remunerado, realizar una reparación económica en favor de la víctima, quedar bajo la supervisión de un adulto, participar en actividades dirigidas a enfrentar el comportamiento delictivo (por ejemplo, programas educativos en relación a la adicción de drogas y alcohol), someterse a medidas de restricción, tales como un toque de queda o a un tratamiento psiquiátrico o de adicción a drogas o alcohol.

Por otra parte, un estudio más reciente de O'Mahony y Dünkel (2015, pp. 128-129) reportó que un 69% de las víctimas participaron de las conferencias restaurativas, las que además tuvieron una participación activa en la misma y manifestaron un alto grado de satisfacción con las disculpas de los ofensores, que se produjeron en el 91% de los casos. Se indica además que, en términos generales, tanto víctimas como ofensores se muestran satisfechos con el proceso de conferencia y los acuerdos plasmados en el plan; siendo las víctimas quienes especialmente enfatizan el valor de esta instancia frente al proceso de justicia tradicional. Esta buena evaluación es revalidada, además, por cifras relativas a la reincidencia –aunque los métodos de medición pueden contener algunas reservas metodológicas en cuanto a los grupos de comparación. Así, los resultados son alentadores si se compara el porcentaje de reincidencia de los grupos que fueron objeto de una conferencia restaurativa (*diversion*, 29% y ordenada por la corte, 45%) con el de los jóvenes que recibieron otras sanciones comunitarias (54%) o sanciones privativas de libertad (68%).

En relación al número de casos, el porcentaje de medidas restaurativas dentro del sistema es significativo, si se toma en cuenta que en los años 2011 y 2012 cerca de un 13% del total de casos referidos a la policía se abordaron a través de alguna medida de este tipo (O'Mahony y Dünkel, 2015, p. 217).

En cuanto a las medidas impuestas por la Corte, las sanciones restaurativas (*Community Responsibility Orders*) son muy escasas (24 en total en 2012). Sin embargo, en el mismo año la Corte derivó 402 casos a conferencias, mientras que sólo 50 jóvenes fueron condenados a privación de libertad. Ello da cuenta, según O'Mahony y Dünkel (2015, p. 128), que la privación de libertad en Irlanda del Norte “realmente puede ser considerada como el último recurso” y que el modelo de conferencias restaurativas ha sido exitoso en disminuir estos índices.

1.3 Evaluación de otros sistemas

En cuanto a las conferencias restaurativas en otros sistemas, éstas han sido estudiadas a nivel comparado de manera muy intensa y con rigor metodológico, fundamentalmente a través de evaluaciones experimentales con asignación al azar.

La más reciente corresponde al estudio de Strang y otros autores (2013), que realizó una revisión sistemática del uso de conferencias restaurativas y su efecto en la reincidencia y

satisfacción de las víctimas⁷. En todos los programas analizados, víctimas y ofensores se encuentran de manera personal en presencia de un facilitador, con sus familias y amigos y otras personas afectadas por el delito, para discutir y resolver las consecuencias de la acción delictiva.

Los autores concluyen que en los casos estudiados, en que tanto víctimas como ofensores han decidido participar en estos procesos –siendo este un elemento central para considerar los resultados y su generalización–, las conferencias restaurativas redujeron las posibilidades de reincidencia del joven ofensor. Por su parte, las víctimas se mostraron consistentemente más satisfechas que aquellas que fueron aleatoriamente asignadas al proceso de justicia criminal tradicional.

Sherman y Strang (2007), analizando experiencias de procesos restaurativos –en su mayoría conferencias– que incluyeron la participación de la víctima, del ofensor, de un facilitador, familiares y otros miembros de la comunidad, y que fueron evaluadas por estudios experimentales en Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y el Reino Unido, concluyeron que, en comparación con la justicia penal tradicional, la justicia restaurativa tenía el potencial de: 1) disminuir las probabilidades de reincidencia en algunos ofensores; 2) aumentar al doble la *diversion* de delitos del sistema de justicia criminal; 3) reducir el estrés post traumático de las víctimas y los costos asociados; 4) proveer un sistema de justicia más satisfactorio para víctimas y ofensores; 5) disminuir el deseo de venganza de las víctimas; 6) reducir los costos del sistema de justicia criminal cuando se utiliza como medida de *diversion*; y 7) ofrecerle a los jóvenes ofensores, al menos, las mismas posibilidades de disminuir la reincidencia que una sentencia de prisión.

2. La mediación penal

Existe una vasta experiencia en materia de mediación penal en el contexto de la justicia juvenil, especialmente en Europa y Estados Unidos. En términos generales, la mediación penal juvenil busca el acercamiento de las partes, tras un trabajo preparatorio previo, con entrevistas individuales del mediador con la víctima y el ofensor.

7 La revisión sistemática solo incluyó estudios que asignaron aleatoriamente a víctimas y ofensores a conferencias restaurativas, luego de dar su consentimiento a participar. Así, se seleccionaron diez estudios, en tres continentes, que involucraron a 1.879 ofensores y 734 víctimas. Los casos fueron derivados a una conferencia en diferentes momentos del proceso de justicia criminal, como *diversion*, previo a la determinación de una sanción tras condena y luego de una condena a libertad vigilada o prisión. Se incluyeron a ofensores jóvenes y adultos y delitos violentos y contra la propiedad, en Inglaterra, Estados Unidos y Australia (Strang et al., 2013, p.4).

Este análisis previo permite cerciorarse de que el caso es admisible para un programa de estas características y que las partes puedan resolver en dicho momento sus dudas y así ejercer una opción plenamente informada; además, permite que se establezca una relación de seguridad y confianza con el mediador y así éste puede preparar adecuadamente a las partes para el encuentro.

Si víctima y ofensor acceden, se desarrolla el encuentro entre ambas partes. En él, generalmente el ofensor debe aceptar que cometió el delito y se espera que muestre algún grado de arrepentimiento; la víctima, por su parte, en un ambiente seguro y estructurado, también tiene espacio para expresar sus puntos de vista y escuchar de parte del ofensor explicaciones sobre lo ocurrido (Bazemore y Umbreit, 2003).

Si se llega a un acuerdo, se acaba el caso en esta instancia o se reenvía a los tribunales para algún tipo de aprobación o formalidad, según sea la jurisdicción. Otras veces es necesario tener uno o más encuentros posteriores para llegar a un acuerdo. El mediador generalmente debe vigilar el cumplimiento del acuerdo, solucionando inconvenientes que pudieran surgir posteriormente. Los acuerdos a los que se llega pueden ser diversos y el marco legal varía de jurisdicción en jurisdicción, pero, en general, suponen algún tipo de reparación.

Cuando la mediación cara a cara no es posible, los mediadores sirven de puente entre víctima y ofensor, facilitando el diálogo, pero sin que se produzca un encuentro (mediación indirecta). Sin embargo, desde el punto de vista de la justicia restaurativa, este proceso constituye un modelo pobre de mediación (Mera, 2009). Tampoco constituye una práctica restaurativa una mediación que solo se orienta a la firma de un acuerdo.

2.1 Bélgica

El caso belga es interesante ya que representa un modelo exitoso de instalación de justicia restaurativa, en sus inicios en la década de los 80s, a través de mediación víctima-ofensor, y desde 2006, incorporando además el modelo de conferencias en el sistema de justicia juvenil. Aertsen y Dünkel (2015, p. 25) señalan que el sistema de justicia juvenil belga tiene una orientación educativa y de bienestar, lo que estiman, se condice con la filosofía de la justicia restaurativa. La última reforma a la legislación (*Youth Justice Act 2006*) claramente da prioridad a la justicia restaurativa, instalando programas a nivel nacional.

En general, la mediación ha sido principalmente utilizada en el sistema de justicia juvenil belga para efectos de *diversion* de casos y no existe una estructura estatal para llevar adelante estos procesos –como en Nueva Zelanda o Irlanda del Norte–, sino que los casos son derivados a diferentes instancias (por ejemplo, a Municipalidades, ONGs, etc.), las que ofrecen los procesos de mediación.

Bélgica es uno de los pocos países donde los procesos restaurativos están disponibles para todo tipo de delitos y en todas las etapas del proceso de justicia penal. Asimismo, los procesos restaurativos están incorporados por ley y se encuentran financiados por el gobierno en todo el territorio.

Pese a estos avances, Aertsen y Dünkel (2015, p. 27) señalan que aún existen problemas en la derivación de casos y que la oferta de procesos restaurativos está lejos de ser copada. De acuerdo a sus estimaciones cuantitativas, anualmente se llevan a cabo alrededor de 3.500 mediaciones penales y 150 conferencias restaurativas (en una población de 11 millones de habitantes).

2.2 Finlandia

Este país muestra una práctica asentada de mediación penal juvenil víctima-ofensor. Si bien la mediación penal comenzó a desarrollarse desde los años 80 a través de proyectos piloto, fue con la Ley de Mediación de 2006 (*Mediation Act 2006*) que esta práctica se expandió. Así, las derivaciones a mediación penal aumentaron en un 35% luego de que comenzó a regir la legislación (Lappi-Seppala y Parosanu, 2015).

La Ley de Mediación aseguró acceso a estos procesos a toda la población, además de financiamiento, supervisión y monitoreo. Introdujo, asimismo, instrucciones precisas sobre cómo manejar en este contexto los casos del sistema de justicia juvenil, aunque con un amplio rango de flexibilidad; pudiendo utilizarse la mediación en todo el procedimiento, ya sea como medida de *diversion*, como remisión o como un factor de mitigación de la sentencia.

Los padres o el tutor del joven deben dar su consentimiento para que el ofensor tome parte en la mediación, y pueden asistir al proceso si así lo decide el adolescente, a menos que sea menor de 15 años, porque en ese caso el padre o tutor tiene el derecho de asistir. Si la mediación es exitosa, en el caso de que haya un denunciante, se debe terminar con la investigación. Por el contrario, tratándose de un caso sin denuncia el fiscal debe decidir si continuar o no, tomando en cuenta el interés público u otros intereses. Aún en caso de continuar, habiendo sucedido una mediación exitosa, la Corte puede considerarla para efectos de mitigación de la sentencia, o bien, desestimar el caso. En relación a la criminalidad susceptible de participar en un proceso de mediación, se establecen muy pocas excepciones —en general, cuando hay riesgo en el caso de violencia intrafamiliar, o cuando la víctima es menor de edad.

En cuanto al diseño institucional, el Ministerio de Asuntos Sociales está a cargo de organizar y supervisar los procesos de mediación penal y los gobiernos provinciales deben operar los servicios de mediación con las autoridades municipales o con privados.

La Ley de Mediación creó un Consejo Consultivo de Mediación Interinstitucional, el cual se encarga de evaluar el desarrollo de la mediación y crear mecanismos de cooperación entre el servicio de mediación y otras actividades. Por su parte, los mediadores son voluntarios.

Evaluaciones

En relación a los programas de mediación víctima-ofensor, Umbreit (2001, p. 162) señala que, aunque constituyen una reforma modesta en los grandes números del sistema de justicia criminal, este tipo de mediación es una de las intervenciones más evaluadas en su funcionamiento práctico. Así, sobre la base de la revisión de 40 evaluaciones – la mayoría quasi experimentales– de programas de mediación entre víctimas y ofensores en Canadá, Inglaterra, Escocia y Nueva Zelanda, Umbreit (2001, pp. 163-168) afirma que, independientemente del tipo de programa, de ofensor y de víctima o la cultura en la que se desarrollaron, la mayoría de las víctimas y ofensores se mostraron satisfechos con la mediación. Sin embargo, hay que tener presente que entre el 40 y el 60% de las personas a las que se les ofreció participar en este proceso se negaron a hacerlo, por lo cual existe una auto selección de los participantes, lo que puede indicar que la satisfacción con el proceso tiene que ver, de alguna manera, con la oportunidad de elegir.

La mayoría de las víctimas que quiso participar lo hizo para obtener algún tipo de reparación, para que el ofensor se hiciera responsable, para saber más sobre las circunstancias del delito, manifestar su dolor o ver que el ofensor recibía algún tipo de castigo. Las víctimas señalaron frecuentemente que, si bien al comienzo su motivación fue obtener algún tipo de compensación económica, lo que terminaron valorando más acerca del programa fue la oportunidad de hablar con el ofensor. Los ofensores, por su parte, manifestaron querer participar en la mediación en mayor medida para “hacer lo correcto” o “dejar atrás lo sucedido”.

Por otro lado, los participantes en procesos de mediación “cara a cara” mostraron mayores grados de satisfacción que aquellos que participaron en algún tipo de mediación indirecta. Asimismo, quienes participaron en procesos de mediación se mostraron más satisfechos con el sistema de justicia criminal que los grupos de comparación que siguieron el proceso en la corte; y, en su gran mayoría, los participantes consideraron tanto el proceso como el resultado como “justo”. Respecto a la reincidencia, Umbreit (2001, p. 173) concluye que los resultados sugieren que la mediación entre víctima y ofensor tiene, al menos, los mismos efectos que el sistema de justicia tradicional y, en algunos casos, especialmente los jóvenes que participan en este tipo de procesos, muestran una reincidencia significativamente menor.

En el caso de Finlandia, dos estudios publicados en 2010 y 2011, concluyen que la gran mayoría de los participantes están satisfechos con el proceso y se sienten aliviados, mientras que las víctimas se han sentido apoyadas para superar el daño mental provocado por el delito. Asimismo, la reincidencia de quienes participaron en los procesos de mediación fue menor, aunque esto puede deberse a la auto selección de quienes acceden a participar (Lappi-Seppala y Parosanu, 2015, p. 68).

Recientemente, Dünkel, Horsfield y Parosanu (2015) realizaron una investigación para el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, que buscaba identificar las prácticas más efectivas de justicia juvenil restaurativa en 28 países europeos. El trabajo comienza señalando que el revés de la economía de los últimos años en Europa ha repercutido en un aumento de la desigualdad en el ingreso, la exclusión y la pobreza. En ese contexto, se afirma que la falta de perspectivas para jóvenes y niños puede impulsarlos a cometer conductas riesgosas, mientras la evidencia muestra que la gran mayoría de los niños que cometen delitos acarrean una historia de exposición a la violencia y abuso, y muchos de ellos sufren de depresión y angustia, las que frecuentemente se ven acrecentadas por la respuesta estrictamente punitiva. Los autores señalan que, en este contexto, la justicia restaurativa “promueve un claro cambio en relación a cómo se comprende el delito y la respuesta al mismo” (2015, p. 1), alejándose del castigo retributivo y encarando las causas que subyacen al delito. Concluyen los autores que, al analizar los sistemas de justicia juvenil europeos, es claro que la justicia restaurativa está presente en todo el continente y que la práctica más desarrollada es la mediación víctima-ofensor.

Asimismo, señalan Dünkel, Horsfield y Parosanu (2015, p. 1) que uno de los beneficios más destacables, de acuerdo a la investigación, es que la justicia restaurativa le entrega al adolescente “la oportunidad de comprender la consecuencia que sus actos tienen en otras personas y una oportunidad de hacerse responsables”. Por otro lado, el 85% de las víctimas manifestaron sentirse satisfechas con el proceso y, en general, mostraron menores niveles de estrés post traumático y fueron capaces de perdonar al ofensor.

Ahora bien, en el análisis comparado de los diferentes países, los autores concluyen que mientras algunos han podido instalar exitosamente la perspectiva restaurativa en un lugar central del proceso penal, otros han tenido muchas dificultades para mover la justicia restaurativa más allá de los márgenes del sistema penal, por ejemplo, al contemplar un criterio muy estricto de selección de casos derivables, o no contar con servicios de programas restaurativos a nivel nacional (Dünkel, Horsfield y Parosanu, 2015, p. 176). En esta perspectiva, Bélgica, Irlanda del Norte, Austria y Finlandia representan las experiencias más exitosas de instalación de la justicia juvenil restaurativa en Europa.



ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Existen numerosos instrumentos internacionales, tanto tratados como declaraciones y directrices, que dan cuenta de manera más o menos explícita de la conveniencia de introducir programas de justicia restaurativa en el ámbito de la justicia juvenil. Asimismo, Comentarios y Opiniones del Comité de los Derechos de Niño que interpretan los derechos consagrados en la CDN también se han manifestado en esta línea, al igual que documentos emitidos por otras autoridades de la comunidad internacional. En lo que sigue, se revisan los más relevantes.

1. Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y demás instrumentos internacionales referidos a la justicia juvenil

Si bien la CDN no se refiere expresamente a la justicia restaurativa, sí contiene lineamientos que no solo son compatibles con el modelo restaurativo, sino que además invitan a considerar la inclusión de programas de esta naturaleza para mejorar las opciones de los Estados Partes de cumplir con las normas establecidas en la CDN en relación a la justicia penal juvenil. En este mismo sentido, deben sumarse otros instrumentos específicos sobre la niñez en relación a la justicia penal juvenil: las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad (Reglas de la Habana, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad, 1990).

Es posible identificar al menos dos ámbitos de derechos consagrados en estos instrumentos que hacen recomendable integrar programas restaurativos cuando se trata de jóvenes en conflicto con la justicia penal:

a) Derechos no relacionados directamente con la regulación del sistema de justicia penal

La CDN consagra una serie de derechos que, si bien no se regulan específicamente en relación al sistema de justicia penal, deben ser promovidos y respetados en este contexto. Algunos de ellos, como se señala a continuación, sugieren que la perspectiva restaurativa en el contexto de la justicia penal es un instrumento más idóneo que el proceso de justicia tradicional para su realización.

Nos referimos al *derecho del niño, niñas y adolescente a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y el derecho del niño a ser oído* (artículo 12). Como se ha señalado, la justicia restaurativa ofrece a las partes involucradas en el conflicto la posibilidad de expresar personalmente sus impresiones, emociones y opiniones sobre cómo ocurrieron los hechos materia de investigación criminal, y de qué forma pueden ellos ser abordados y reparados. En relación a los adolescentes, la justicia penal tradicional les asigna un rol aún más pasivo que a los adultos, y en el contexto de sistemas que generalmente no se encuentran debidamente especializados –como el chileno–, el joven no tiene una posibilidad significativa de expresar su opinión en relación a las diversas instancias del procedimiento. Asimismo, esta intervención personal del adolescente en el diálogo sobre sus acciones y las consecuencias que se derivan de ellas, ofrece un espacio privilegiado para que se responsabilice de las mismas y comprenda la relevancia de la reparación, todo lo cual se condice con los fines de la intervención penal en el contexto juvenil, de acuerdo a la CDN, especialmente en relación a promover el respeto del adolescente por los derechos de las demás personas (artículo 41.1).

En cuanto al *interés superior del niño*, consagrado en el artículo 3 de la CDN, la justicia restaurativa ofrece un escenario propicio para darle un contenido efectivo en el contexto de la justicia penal. En primer término, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través de la Relatoría de los Derechos de la Niñez (2011, p. 8), ha considerado que el interés superior del niño debe ser el criterio interpretativo rector que concilie dos realidades al momento de regular un sistema de justicia juvenil: el reconocimiento de la capacidad y autonomía del adolescente – en contraposición a la concepción tutelar–, pero también el reconocimiento de su vulnerabilidad, “dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando éstos pertenecen a sectores sociales desventajados o a grupos discriminados como el de las mujeres”. En relación a la necesidad de tomar en cuenta la vulnerabilidad de los niños que entran en conflicto con el sistema penal, la justicia restaurativa entrega herramientas eficaces, tanto porque las instancias de diálogo de los procesos restaurativos permiten incorporar la perspectiva de las necesidades del niño –que el sistema tradicional tiende a desconocer–, como porque también propicia la inclusión de la familia y otras personas de la comunidad, en orden a apoyar al joven en aquellos aspectos donde se muestra más vulnerable. Asimismo, señala la CIDH que el interés superior del niño implica que el análisis de cada caso se haga de manera individualizada, pues cada adolescente tiene necesidades diferentes, lo que permite escuchar su opinión y la de sus padres, representantes o familiares más cercanos (CIDH, 2011, p. 9).

Desde otra perspectiva, la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño en relación a la justicia de menores (en adelante OG/10), señala en el párrafo 10: “La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restaurativa cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.”

b) Aspectos relacionados directamente con el sistema de justicia penal

La CDN se refiere en los artículos 37 y 40 a los derechos de los niños en el contexto del sistema de justicia criminal. Asimismo, las Reglas de Beijing, las Reglas de La Habana, y las Directrices de Riad forman parte del cuerpo jurídico relativo a los derechos de los niños en el contexto de la justicia penal.

Del conjunto de estas normas pueden identificarse tres aspectos especialmente relevantes en relación al rol de la justicia restaurativa en el contexto de la justicia juvenil.

El primero dice relación con los *finés que persigue la justicia penal juvenil*. Así, el artículo 40.1 de la CDN señala que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”

La CIDH (2011) ha señalado en razón de esta norma que “una política criminal orientada meramente por criterios retributivos y deje en segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en la materia”. Como se ha mencionado, una de las inspiraciones más sólidas del movimiento de justicia restaurativa, especialmente en el contexto de la justicia juvenil, es justamente la crítica al sistema de justicia penal tradicional y su orientación predominantemente punitiva, por lo que los programas restaurativos representan una instancia privilegiada para conducir al sistema de justicia penal juvenil hacia los fines que dispone la CDN.

En segundo lugar, *la legislación internacional de la infancia promueve decididamente la desjudicialización de los conflictos penales*. Así, la CDN establece en el artículo 40.3.b

que cuando ello fuere apropiado y deseable, deben adoptarse medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales. En este sentido, la justicia restaurativa se hace cargo de un elemento central de un sistema de justicia juvenil como es la desjudicialización, ya que permite alejar del proceso penal a los adolescentes ofensores y las víctimas, entregándoles la oportunidad de intervenir directamente en la resolución de sus conflictos.

En el mismo sentido, las Directrices de Riad señalan en el párrafo 58 que el personal del sistema de justicia penal debe estar al corriente de los programas y las posibilidades de remisión a otros servicios y que se debe recurrir a ellos “en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.” En un sentido similar, las Regla 5 de Beijing señala que “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes”. En relación a la Regla contenida en el párrafo 11 acerca de la remisión de casos, el Comentario de las Reglas de Beijing indica que esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos del procedimiento penal como, por ejemplo, el estigma de la condena; y que en muchos casos la no intervención puede constituir la mejor respuesta, por lo que es conveniente que esta alternativa esté disponible durante todo el procedimiento y no debe limitarse a casos de menor gravedad.

Por su parte, en la OG/10 (párrafo 27), el Comité de los Derechos del Niño señala que, en orden a cumplir con el objetivo de alejar a los niños, niñas y adolescentes de los procedimientos judiciales, los Estados Partes pueden decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas alternativas que se adopten, aunque refiere que en algunas jurisdicciones existe una amplia experiencia de diversos programas basados en la comunidad, como por ejemplo supervisión y orientación comunitarias, conferencias de familia y otras formas de justicia restaurativa, en particular, aquellas orientadas al resarcimiento y la indemnización de las víctimas, por lo que otros Estados Partes deberían beneficiarse de estas experiencias.

Asimismo, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas propuso en el documento *Estrategias y Medidas Prácticas: Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal* (2014), que se aliente a los Estados Miembros a que elaboren y apliquen una política integral en relación con la prevención del delito y el sistema de justicia con miras a prevenir la participación

de niños, niñas y adolescentes en actividades delictivas; promover el uso de medidas alternativas a la reclusión, como la derivación a otros servicios y la justicia restaurativa; adoptar estrategias de reinserción de niños ex delincuentes; y observar el principio de que solo se debe privar de libertad a un niño como último recurso.

Finalmente, la CDN, en su artículo 37.b, establece que *el encarcelamiento de un niño debe utilizarse como último recurso y durante el período más breve que proceda*. Como se señaló anteriormente, una de las posturas más relevantes de la justicia restaurativa es su dura crítica al uso de la pena de cárcel de manera indiscriminada y prioritaria por parte del sistema penal, especialmente cuando se trata de adolescentes; en este sentido, la justicia restaurativa ofrece una alternativa adecuada y efectiva para dar cumplimiento a la exigencia de utilizar la privación de libertad para los niños como un último recurso.

Sobre este punto, la OG/10 (párrafo 28) señala que los sistemas de justicia juvenil “deben ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso.”

En relación a la Regla 11.4, el Comentario de las Reglas de Beijing señala que deben preverse opciones sustitutorias viables en la comunidad y recomienda especialmente programas que “entrañan la avenencia mediante la indemnización a la víctima”, entre otros.

Por su parte, la CIDH (2011) ha sostenido que los sistemas de justicia juvenil deben asegurar el principio de excepcionalidad, lo que implica, por ejemplo, “la obligación de contemplar alternativas a la judicialización de las infracciones a las leyes penales así como también medidas alternativas a la privación de libertad, la que solo puede ser aplicada como último recurso en el caso de personas menores de 18 años. En este sentido, la CIDH exhorta a que los Estados tiendan a abolir la pena privativa de la libertad aplicada a niños, niñas y adolescentes.”

2. Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal (2002), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)

Los “Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal” (en adelante Principios Básicos), constituyen el documento universal más comprensivo sobre justicia restaurativa. Es interesante recordar los énfasis que plantea su preámbulo, pues dan cuenta de la relevancia que la perspectiva restaurativa ha adquirido en las últimas décadas en el ámbito de la justicia penal y la contribución que ésta puede hacer en el terreno de la justicia juvenil. Así, éste recuerda el aumento significativo de iniciativas de justicia restaurativa y recalca que este sistema de justicia “es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”. Asimismo destaca que, en este contexto, los afectados por el delito pueden compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias, así como también les permite atender a sus necesidades. En relación a la víctima, la justicia restaurativa le entrega la oportunidad de obtener reparación y sentirse más segura, ya que le permite intentar cerrar una etapa; mientras que para el ofensor, la instancia restaurativa le ofrece la posibilidad de comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, permitiendo además a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia.

Los Principios Básicos, como ya se vio anteriormente, ofrecen una acertada definición de programas de justicia restaurativa, distinguiendo entre procesos restaurativos y resultados restaurativos.

En relación a los procesos, se hace referencia a modo de ejemplo a los más desarrollados hasta ese entonces (2002), como la mediación, la conciliación, las conferencias y los círculos de sentencia, poniendo énfasis en que todos ellos permiten tanto a la víctima como al ofensor –y de ser apropiado, a otras personas o miembros de sus comunidades afectados por el delito– participar juntos activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, apoyados generalmente por algún tipo de coordinador, quien tiene el rol de facilitar, de manera “justa e imparcial”, la participación de las partes en el proceso restaurativo.

Por su parte, los resultados restaurativos son los acuerdos logrados tras un proceso restaurativo –los que pueden consistir en reparación, restitución o servicios a la comunidad–, que tienen como objeto satisfacer necesidades y responsabilidades de las partes y de la comunidad, y lograr la reintegración de la víctima y del ofensor.

Los Principios Básicos, en el apartado número II, señalan que los programas de justicia restaurativa pueden ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia penal, siempre que haya prueba suficiente para inculpar al ofensor y tanto éste como la víctima consientan de manera libre y voluntaria en ello. En el apartado III, se refieren al funcionamiento de los programas restaurativos, estableciéndose condiciones y garantías del procedimiento. En el apartado IV, hacen un llamado a los Estados a elaborar estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para su utilización; asimismo, sugieren promover la investigación, en orden a determinar en qué medida estos programas producen efectivamente resultados restaurativos y a servir de base para introducir cambios en orden a lograr tales objetivos.

Además de los instrumentos internacionales anteriormente citados, es interesante destacar otros documentos que han emanado de instancias y organismos del sistema internacional y que dicen relación directa con el uso de la justicia restaurativa en el ámbito del sistema de justicia criminal.

3. “Promoviendo la Justicia Restaurativa para los niños” (2013), Documento de la Representante Especial de la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños (SRSGVAC)

Este documento da cuenta del lugar prioritario que ha ido adquiriendo la justicia restaurativa en el ámbito de los derechos humanos y la justicia juvenil, en tanto ésta se reconoce como una herramienta apropiada y efectiva para hacer frente a las demandas de la CDN en relación a los problemas que presentan los sistemas de justicia juvenil. En este sentido, se afirma: “Al cambiar un modelo retributivo por uno restaurativo existe una genuina oportunidad de respetar y fortalecer la materialización de los derechos de los niños” (p. 39). Ello, pues la justicia restaurativa no promueve solamente los derechos de los niños directamente asociados con la administración de justicia, como el derecho a la libertad y seguridad individual, sino también otros derechos fundamentales, que incluso pueden verse afectados cuando existe una privación de libertad que se ajusta a la ley y se impone como último recurso. Estos son, por ejemplo, el derecho a la educación, al esparcimiento, al mejor estándar de salud disponible y a no ser objeto de violencia.

El texto destaca a la justicia restaurativa como un mecanismo efectivo para combatir de manera integral los efectos nocivos del sistema de justicia criminal cuando se trata de niños. Hace asimismo una referencia al *Reporte sobre la violencia en contra de los niños* de las Naciones Unidas

del año 2006⁸, el que enfatizó la magnitud del uso de la violencia psicológica, física y sexual en contra de los niños en el sistema de justicia criminal. Este reporte recomienda estrategias para responder a la violencia ejercida por dicho sistema, e inspirado en la CDN, exhorta a los Estados a que desarrollen mecanismos efectivos alternativos a los formales de la justicia penal, que sean más adecuados para los niños. Señala así que estos mecanismos pueden utilizarse como diversion, procesos de justicia restaurativa, mediación y programas desarrollados en la comunidad, incluyendo programas de tratamiento para niños con problemas de abuso de sustancias.

La SRSGVAC señala que la importancia de impulsar la justicia restaurativa es aún mayor a la luz de la errada percepción social –alimentada por los medios de comunicación y las agendas políticas– que existe en relación al aumento de la delincuencia juvenil y la amenaza que ella impondría a la comunidad, ya que incrementa la presión ciudadana por la criminalización de niños y adolescentes, la rebaja de la edad de responsabilidad penal y el aumento de periodos de privación de libertad.

4. Estándares de justicia restaurativa en el contexto europeo

En Europa existe una serie de instrumentos internacionales que, sin duda, han impulsado el desarrollo de la justicia restaurativa en el continente en estas últimas décadas e influido decididamente en su expansión. En lo que sigue, se listan los más relevantes y se destacan los aspectos más directamente relacionados con la justicia restaurativa en el contexto de la justicia penal juvenil.

4.1 Recomendación del Consejo de Europa (99) 19 relativa a la mediación penal

La Recomendación señala (número 4) que la mediación penal debe estar disponible en todas las etapas del procedimiento penal y que la legislación debe facilitar dicha mediación (número 6). En el número 12, la Recomendación afirma que las regulaciones especiales acerca de las garantías legales de los menores de edad que participan en los procesos penales deben aplicarse cuando éstos participan en una mediación penal.

8 Joint report of the Office of the High Commissioner for Human Rights, the United Nations Office on Drugs and Crime and the Special Representative of the Secretary-General on Violence against Children on prevention of and responses to violence against children within the juvenile justice system. A/HRC/21/25.

4.2 Directrices para la mejor implementación de la Recomendación relativa a mediación penal (2007), Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (CEPEJ)

En el número 1.2, en relación a los jueces, fiscales y otras autoridades en el ámbito de la justicia criminal, señala que éstos tienen un rol importante en el desarrollo de la mediación, por lo tanto deberían poder organizar sesiones para entregar información acerca de la misma y, cuando sea pertinente, convocar a víctimas y ofensores a participar en procesos de esta índole. Asimismo, se anima a los países miembros a establecer o mejorar la cooperación entre las autoridades de la justicia criminal y los servicios de mediación para llegar a víctimas y ofensores de manera más efectiva.

En el número 1.3 señala que los códigos de conducta para abogados deberían incluir la obligación o la recomendación de considerar medidas alternativas de resolución de conflictos, incluyendo la mediación, antes de acudir a los tribunales, en los casos que fuere apropiado; como también la de entregar información y dar consejo relevante a sus clientes.

En el número 37, por otro lado, se pone énfasis en la necesidad de informar a los actores judiciales y al público en general sobre la existencia de programas de mediación, ya que aun cuando éstos se encuentran disponibles no siempre se está en conocimiento de su existencia, circunstancia que es uno de los mayores impedimentos para su expansión, puesto que es “muy difícil romper la confianza de la ciudadanía en el proceso de justicia criminal como la principal forma de resolver conflictos”.

4.3 Recomendación del Consejo de Europa (2003) 20, relativa a nuevas vías para tratar la delincuencia juvenil y el rol de la justicia juvenil

El documento avala nuevas respuestas en relación a la delincuencia juvenil. En el número 7 sugiere la expansión de alternativas adecuadas a la persecución criminal; las que, a su vez, deberían formar parte del procedimiento regular, respetar el principio de proporcionalidad, reflejar el interés superior del niño y, en principio, ser utilizadas cuando se acepte la responsabilidad por los hechos de manera libre.

En el número 8 se refiere a la delincuencia juvenil violenta, seria y persistente. Con respecto a ella, se recomienda a los Estados miembros desarrollar un espectro amplio de sanciones y medidas comunitarias más innovadoras y efectivas, siempre proporcionales. Estas medidas deberían orientarse directamente a la conducta delictiva y a las necesidades del ofensor. Además, deberían incluir a los padres del joven u otro responsable legal, a menos que se considere contraproducente; y en la medida que sea posible y apropiado, ofrecer mediación, restauración y reparación a la víctima.

4.4 Recomendación (2008)¹¹ del Consejo de Europa sobre las reglas para los ofensores juveniles sujetos a medidas o sanciones

En el número 12 señala que la mediación y otras medidas restaurativas deben ser estimuladas en todas las instancias cuando se trata de jóvenes ofensores.

El documento enfatiza el rol de la familia y la comunidad cuando se trata de jóvenes en el contexto de justicia criminal; así, en el número 14 señala que cualquier sistema de justicia juvenil debe tomar en consideración los derechos y las responsabilidades de los padres y responsables legales y debe propenderse a que participen en los procedimientos y en la imposición de sanciones, a menos que ello se contraponga a los intereses del niño. Asimismo, se estima que la familia extendida y otros miembros de la comunidad deberían participar de estos procedimientos cuando fuere apropiado.

Por otra parte, en el número 15 se destaca la conveniencia de introducir en la justicia penal una perspectiva multidisciplinaria y multiinstitucional, integrada con otras iniciativas sociales para asegurar una aproximación holística que permita la continuidad en el cuidado de los jóvenes ofensores.

En relación a las condiciones de ejecución de las sanciones comunitarias, se recomienda, en el número 31.1, que ellas se implementen de la forma más significativa posible para el joven, como también que contribuyan a su desarrollo educacional y al fortalecimiento de sus habilidades sociales.

En el número 42 se enfatiza un aspecto clave para el éxito de este tipo de medidas o sanciones, al señalar que siempre que fuere posible debe asegurarse una relación continua y a largo plazo entre los profesionales que implementan la sanción y el joven, incluso cuando cambie su lugar de residencia, su status legal o el tipo de intervención.

Por otra parte, el número 44 señala que el joven debe ser incentivado a reparar, en la medida de sus posibilidades, los efectos negativos de su conducta, toda vez que la reparación sea parte de las sanciones comunitarias que se le han impuesto.

4.5 Directrices del Consejo de Europa (2010) para una “justicia amigable” para niños

Las Directrices se refieren en el número 24 a las soluciones alternativas al proceso judicial, indicando que la mediación, diversion y mecanismos alternativos de resolución de conflictos deben ser incentivados cuando permitan ejercer de mejor manera el interés superior del niño.

5. Instrumentos relativos a las víctimas

La justicia restaurativa supone un encuentro entre víctima e imputado, pues el mecanismo aspira a ser beneficioso para ambas partes involucradas en el conflicto. La víctima, a través de la justicia restaurativa, puede llegar a obtener reparación tanto emocional como económica, a la vez que utilizar un espacio de encuentro e intercambio que puede ser beneficioso para su salud y la superación de los efectos del delito. Es por esta razón que algunos instrumentos internacionales recogen este aspecto en relación a las víctimas, como se ve en lo que sigue:

5.1 Declaración sobre los Principios Fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (Naciones Unidas, 1985)

Cuando la Declaración aborda el acceso a la justicia y el trato justo para las víctimas (sección B, números 4 y 5), señala que éstas deben ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad, teniendo derecho al acceso a mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido. Asimismo, indica que los Estados deben establecer y reforzar mecanismos judiciales y administrativos que permitan obtener esta reparación, y que estos mecanismos deben ser expeditos, justos, poco costosos y accesibles.

5.2 Directriz 2012/29/EU del Parlamento y Consejo Europeo (25 octubre 2012) que establece estándares mínimos sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos

Esta Directriz se refiere directamente a los servicios de justicia restaurativa, incluyendo la mediación víctima-ofensor, las conferencias familiares y los círculos de sentencia, los que –señala– pueden ser muy beneficiosos para las víctimas, aunque requieren establecer salvaguardias para prevenir la victimización secundaria y la re victimización, intimidación o represalias, al igual que ocurre en el procedimiento de justicia criminal (número 46).

IV LEY N° 20.084: FALENCIAS EN SU DISEÑO INSTITUCIONAL E IMPLEMENTACIÓN

Con el objeto de ubicar el debate sobre una propuesta de reforma del sistema de responsabilidad penal adolescente en una línea restaurativa, es necesario tener en cuenta cuáles fueron la historia y las bases del diseño de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Ello permitirá comprender de mejor manera el modelo de justicia juvenil que se adoptó con la Ley, a objeto de identificar factores estructurales de diseño institucional que pueden explicar tanto los problemas que ha presentado la legislación en su implementación, como sus limitadas posibilidades para integrar elementos restaurativos. Asimismo, este análisis ayudará a definir los elementos centrales que debería incluir un modelo de justicia restaurativa para adolescentes en conflicto con la ley penal, en el marco del proceso de reforma a la LRPA.

El camino que terminó con la implementación de la Ley N° 20.084 el año 2007 comenzó muchos años antes, y los cambios que sufrió la propuesta en el periodo dejan entrever las diferentes fuerzas que fueron configurando su diseño definitivo⁹. Es importante hacer presente que la discusión y la reforma de legislación de la justicia juvenil en Chile se vio íntimamente ligada al diseño e implementación de la reforma procesal penal de adultos. Ello es relevante desde la perspectiva de la justicia restaurativa por varias razones.

En primer lugar, el sistema de justicia penal adolescente que se implementó está vinculado directamente, tanto sustantiva como procesal e institucionalmente, al sistema de justicia penal de adultos, el que, a su vez, tiene un marcado acento adversarial y no incluyó una perspectiva restaurativa en su diseño.

9 La discusión sobre la necesidad de introducir un sistema de responsabilidad juvenil comenzó el año 1990, luego de la ratificación de la CDN y la recuperación de la democracia, pero no fue solo hasta el 24 de Julio de 1998 que el Ministerio de Justicia presentó el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal. El Anteproyecto establecía un sistema de responsabilidad especial para los adolescentes de entre 14 y 18 años, tanto desde el punto de vista sustantivo, como del procedimiento y de su institucionalidad. Estas reformas, sin embargo, no fueron enviadas al Congreso en su oportunidad, ya que el Ministerio de Justicia consideró que era conveniente posponer su discusión hasta que fuera aprobado el nuevo sistema procesal penal de adultos, en parte porque este último sería el soporte orgánico de la justicia juvenil. Así, solo el año 2002 el gobierno envió el Proyecto de Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la ley Penal para ser discutido en el Parlamento, el que ya contenía una fisonomía muy distinta (De Ferari, 2006).

El sistema de responsabilidad penal adolescente no constituye, por tanto, un sistema independiente y debidamente especializado. Como se verá en adelante, las propuestas preliminares de este sistema (anteproyecto de 1998, mensaje de 2002) contenían un diseño más especializado y, a su vez, también contemplaban arreglos institucionales más compatibles con la integración de un paradigma restaurativo, especialmente en términos de desjudicialización, reparación y limitaciones a la privación de libertad. En la medida que esa especialización se fue desvaneciendo en la tramitación parlamentaria, también se fueron cerrando los espacios restaurativos.

El hecho de que la tramitación de la LRPA se hubiere dilatado por varios años, a propósito –entre otras razones– de su vinculación con la discusión de la reforma procesal penal, permitió además que el debate sobre la necesidad de diseñar un sistema de responsabilidad penal adolescente, de acuerdo a las exigencias de la CDN, se permeara con la lógica de seguridad ciudadana y una demanda de mayor punitividad que, si bien estaba presente en los debates desde los años 90s, luego se fue acentuando, imponiéndose una especie de suma cero entre eficiencia y garantías. Ello también explica el endurecimiento que fue experimentando el Proyecto de Ley, la desestimación de la especialización y la exclusión de espacios potencialmente restaurativos.

En este sentido, Duce señala que cuando se comenzó a debatir la reforma de la justicia juvenil a principios de los 90s, el objetivo central era adecuar la legislación penal juvenil a las exigencias de la CDN y otros instrumentos del sistema internacional. Sin embargo, añade que con el paso de los años, “entra un nuevo objetivo para el Proyecto: la necesidad de contar con una herramienta que contribuya a la seguridad pública por vía de la sanción y prevención de la delincuencia juvenil” (Duce, 2003, p. 55). De una manera similar, Cortés (2003, p. 78), a propósito del ingreso del proyecto al Parlamento, indica que cualquier legislación que pretendiera implementar los mandatos de la CDN debía basarse en un consenso social mínimo, de manera que se evitara tanto el riesgo de adaptar solo de manera retórica la legislación a las exigencias de la Convención, como que el Proyecto cediera durante su tramitación a tendencias políticas criminales más autoritarias y represivas. Para el autor, al año 2002, con el proyecto ingresado, ese consenso no existía y ello contribuye a explicar los cambios de que fue objeto durante la tramitación parlamentaria.

Ahora bien, es necesario destacar que la reforma del sistema procesal penal de adultos desde un modelo inquisitivo a uno acusatorio, de todas maneras abrió espacios que antes no existían para incorporar procesos restaurativos, principalmente a través de mecanismos de desestimación y salidas alternativas; los que ofrecen la posibilidad de dar una respuesta diferente a la que tradicionalmente entrega el sistema penal, esto es, la sanción. Sin embargo, estos mecanismos, que son a su vez limitados, solo ofrecen el espacio institucional para integrar procesos y resultados restaurativos, pero no constituyen mecanismos restaurativos, por lo que un modelo de justicia juvenil restaurativa debería llenar de contenido esos espacios en orden a implementar procesos

y resultados restaurativos significativos. Asimismo, el sistema penal juvenil debería ampliar de manera considerable dichos espacios.

Análisis de la historia de la Ley 20.084 con una mirada restaurativa

En lo que sigue, se hace un breve análisis del recorrido pre-legislativo y legislativo que tuvo la LRPA, con un especial énfasis en los elementos que posibilitan o impiden el desarrollo de procesos restaurativos: especialización, desjudicialización y sistema de sanciones.

El Anteproyecto de Ley proponía una estructura organizacional especializada, con una Corte Juvenil integrada por jueces, fiscales y defensores especialmente dedicados a conocer de causas de adolescentes. Además, contemplaba un procedimiento especializado y autónomo del procedimiento de adultos, el que giraba en torno a una audiencia preliminar temprana, en la que se esperaba se desestimara una parte importante de casos a través de facultades discrecionales de los fiscales, o se resolviera la causa si no había controversia sobre los hechos, sin una etapa formal de investigación. Con ello, se buscaba forzar al Ministerio Público a encontrar una salida rápida del proceso, sin alargarlo innecesariamente (Duce, 2003, p. 47). Así, el fiscal disponía de una discrecionalidad amplia, que le permitía renunciar a la persecución de la responsabilidad penal juvenil cuando estimara que “resulta conveniente para la mejor solución del conflicto o para la vida futura del joven imputado” (artículo 51 del Anteproyecto). Asimismo, el juez tenía ciertas facultades en la audiencia preliminar que también contribuían a terminar los casos en forma temprana, como cuando, por ejemplo, consideraba que los antecedentes del fiscal eran insuficientes, o que el procedimiento no era conveniente dada la escasa relevancia del hecho, o bien porque había una reparación o una promesa de reparación a la víctima. Para estimar la suficiencia de esta reparación, el juez debía tomar especialmente en cuenta la satisfacción de los intereses de la víctima y su efecto educativo sobre la persona del joven, pero siempre en los términos de resarcir el perjuicio económico causado por el delito (artículo 58 del Anteproyecto). El proceso en que se declararía la responsabilidad penal del adolescente era oral y acusatorio, aunque con más restricciones de publicidad que en el caso de los adultos.

Si bien el Anteproyecto no contemplaba de manera expresa ninguna forma de mediación o encuentro restaurativo entre víctima y ofensor como parte del proceso de reparación, claramente tenía una orientación que la facilitaba, al integrar como criterios de desestimación de la persecución “la mejor solución del conflicto” o lo conveniente para “la vida futura del joven imputado”; y al considerar la facultad del juez especializado, en una instancia muy temprana, para terminar los casos cuando había una reparación o promesa de reparación a la víctima, la que debía tomar en cuenta tanto la satisfacción de sus intereses como el efecto educativo en el joven. Asimismo, quedaba un espacio muy reducido a las posibilidades de privación de libertad –solo para algunas infracciones juveniles graves y por un máximo de tres años– y el catálogo de medidas no privativas

de libertad, que en general podían imponerse respecto de cualquier infracción juvenil, posibilitaba incorporar elementos restaurativos en su ejecución¹⁰.

Estas reformas, sin embargo, no fueron enviadas al Congreso en su oportunidad, ya que el Ministerio de Justicia consideró que era conveniente posponer su discusión hasta que fuera aprobado el nuevo sistema procesal penal de adultos, en parte porque este último sería el soporte orgánico de la justicia juvenil. Como se aprecia, esta dinámica de asociación necesariamente incidió sobre el contenido del texto del borrador propuesto como Proyecto de Ley con posterioridad, afectándose sustancialmente sus bases (De Ferari, p. 2006).

El año 2002 el gobierno envió el Proyecto de Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal para ser discutido en el parlamento¹¹. El mismo título del proyecto ya indica un cambio relevante de orientación, pues no habla de “Responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal”, sino de “Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”. Esta modificación da cuenta de la decisión de ampliar el catálogo de conductas por las cuales los adolescentes podían ser investigados criminalmente, terminando con la opción del anteproyecto de establecer un catálogo restringido de conductas, denominadas infracciones juveniles, para incluir los delitos contemplados en el Código Penal para adultos.

De acuerdo al mensaje con que el Presidente de la República envió el Proyecto de Ley, éste pretendía “reformular radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos son cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes”. Asimismo, el mensaje afirmaba que se buscaba dejar atrás definitivamente el modelo tutelar, por infringir éstos derechos y garantías de niños y adolescentes, para asegurar “la existencia de un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control de ejecución de la sanción, que aseguren la capacidad e idoneidad de los operadores del sistema para hacerse cargo de las finalidades de esta Ley”. Como se verá en lo que sigue, sin embargo, esta última afirmación es cuestionable incluso si se toma en cuenta la formulación legal contenida en el Proyecto, pero más aún con las modificaciones que éste sufrió en la tramitación parlamentaria.

10 El artículo 21 contenía un catálogo amplio de medidas no privativas de libertad (en caso de condena), las que podían consistir en amonestación, la incorporación a un programa de asistencia educativa en libertad (por un período máximo de dos años), la asistencia a un programa de formación y desarrollo personal (por un periodo máximo de un año), la reparación del daño, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (por una extensión mínima de 30 horas y máxima de 100 horas), multa, prohibición de asistir a ciertos lugares o espectáculos determinados y la prohibición de conducir vehículos motorizados.

11 Mensaje N 68-347, “Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”, 02 de agosto de 2002, Presidente Ricardo Lagos.

En términos generales, las diferencias del Anteproyecto de 1998 y del Proyecto de 2002 dan cuenta del aumento de los rasgos coercitivos del sistema y la disminución de los de especialización (De Ferrari, 2006, p. 130).

En relación a la especialización orgánica, el Proyecto propuso un sistema con algunos rasgos de especialización, aunque no un sistema de Corte Juvenil. Establecía que un juez especializado debería conocer las materias relacionadas con adolescentes, y a falta de un juez especializado en el territorio, un juez de garantía –común para procedimientos de adultos–, el que debía contar con una capacitación especial en el procedimiento y los objetivos de la ley, en la información criminológica relevante vinculada a la delincuencia juvenil, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el sistema de ejecución de sanciones establecidas en la Ley (artículo 37). El Proyecto establecía una regla especial en caso de que el fiscal solicitara una pena privativa de libertad en contra del adolescente. Ahí, el juicio oral debería ser conocido por una sala especial del tribunal de juicio oral, integrada por dos jueces penales –con la debida capacitación– y un juez de familia (artículo 38). En relación a fiscales y defensores, el proyecto establecía que cada institución debía nombrar a funcionarios que cumplieran con la labor de persecución y defensa de los adolescentes, los que debían contar con una capacitación especializada (artículos 40 y 41).

En cuanto al procedimiento, y a diferencia de lo establecido en el Anteproyecto, se propuso uno muy similar al procedimiento penal para los adultos, estableciéndose en el artículo 34 que éste se aplicará supletoriamente. Duce (2003, p. 43) afirma que la estructura del procedimiento en el Proyecto está vinculada directamente al Código Procesal Penal, y que “esta vinculación es tan intensa, que es posible afirmar que el proceso penal establecido en el nuevo Código Procesal Penal, es el proceso para los adolescentes en el Proyecto”. Un ejemplo de ello es que el Proyecto eliminó la audiencia preliminar y, por lo tanto, reincorporó la etapa de investigación al procedimiento –aunque con límites más acotados respecto a los plazos. Ello no solo constituyó un detrimento para la situación de los adolescentes porque se prolonga el proceso, sino porque también en ese periodo es donde se pueden tomar las decisiones más perjudiciales para los jóvenes en relación a sus garantías, especialmente aquellas restrictivas de libertad como la internación provisoria. Además, como la audiencia preliminar constituía un espacio privilegiado para adoptar decisiones con contenido restaurativo, al eliminarla, el proceso inevitablemente perdió un aspecto muy relevante tanto de especialidad, como de potencial restaurativo.

Junto a lo anterior, se terminó con un catálogo restringido de infracciones juveniles especiales para adolescentes y se ampliaron los tipos penales que podían ser sancionados con privación de libertad. El plazo máximo de la sanción de privación de libertad aumentó, por su parte, de 3 a 5 años.

El proyecto, sin embargo, permitía un amplio espacio de desjudicialización a través de una regulación especial del principio de oportunidad y de los acuerdos reparatorios, básicamente permitiendo que éstos procedieran respecto de todo tipo de delitos. Así, de acuerdo al artículo 56 del Proyecto, los fiscales podían no iniciar la persecución de la responsabilidad penal de un adolescente, o abandonar la ya iniciada, cuando consideraran que ello resultara conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico-penal o para la vida futura del imputado, sin establecer un límite en relación al tipo de delito¹². De acuerdo a este criterio, se facilitaba la posibilidad de obtener una reparación y/o mediación entre la víctima y el ofensor, a objeto de no comenzar o abandonar un procedimiento judicial. En segundo lugar, el proyecto (artículo 58) señalaba que procedían los acuerdos reparatorios entre víctima e imputado, regulados en el Código Procesal Penal en el artículo 241, pero se eliminaba la limitación en relación al tipo de delito en que procedían¹³, por lo que tenían un ámbito de aplicación muy amplio. Asimismo, durante la tramitación parlamentaria se propuso incorporar procesos de mediación en el marco de los acuerdos reparatorios y la necesidad de que tanto el Ministerio Público como la Defensoría Penal Pública contaran con equipos especializados para efectuar las mediaciones, lo que finalmente no fue aprobado.

Por último, en relación a las consecuencias de la declaración de responsabilidad por infracciones a la ley penal, el Proyecto cambia de lenguaje y deja de hablar de “medidas”, para referirse a “sanciones”, aunque mantiene un catálogo amplio de sanciones no privativas de libertad¹⁴. En relación a la sanción de reparación del daño, el proyecto la hacía procedente para infracciones no graves, pero excepcionalmente para infracciones graves cuando el tribunal “lo justifique fundadamente en base a los criterios señalados en el artículo 20 de la presente ley” (artículo 19, inc. 1°). Ello, finalmente se disolvió y solamente quedó disponible para el rango de infracciones no graves. La sanción de reparación del daño a la víctima perdió ahí parte importante de su potencial para resolver conflictos interpersonales serios o para evitar la privación de libertad, lo que, en conjunto con otras razones, explica que sea una sanción que está prácticamente inutilizada en la actualidad.

12 Aunque sí permitía que, si se trataba de infracciones graves, la víctima podría oponerse a la decisión del fiscal, reclamando de ella ante el juez de garantía. El Código Procesal Penal limita el principio de oportunidad a delitos que tengan como máximo una pena asignada de presidio menor en su grado mínimo, cuando no se comprometa gravemente el interés público (artículo 170).

13 El Código Procesal Penal establece en el artículo 241 que los acuerdos reparatorios solo proceden respecto a hechos que afectaren a bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos. Además, señala que el juez puede oponerse a los mismos cuando considere que hay un interés público prevalente en la continuación de la persecución.

14 El proyecto establecía en su artículo 18 que al adolescente se le podrían imponer alguna de las siguientes sanciones si fuera declarado responsable por la comisión de alguna infracción penal: a) Amonestación, b) Multa, c) Prohibición de conducir vehículos motorizados, d) Reparación del daño causado, e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad, f) Libertad asistida, g) Sanciones privativas de libertad. Se disponían, además, límites en relación a la gravedad de las infracciones para imponer las sanciones de libertad asistida y privación de libertad. Solo podía imponerse internamiento en régimen cerrado por la comisión de infracciones graves, o para algunos casos de incumplimiento grave, reiterado e injustificado de la sanción de libertad asistida o algunas de las formas de privación de libertad (artículo 76) Las infracciones graves estaban establecidas en el artículo 6 del proyecto: homicidio, violación, secuestro y sustracción de menores, mutilaciones y lesiones graves y algunas hipótesis de robo violento.

Luego de ingresado al Parlamento, el Proyecto tuvo una tramitación larga. Fue aprobado por la Cámara de Diputados en el mes de julio de 2004, pero el año 2005 prácticamente se definió su formulación definitiva con los cambios estructurales que por unanimidad aprobó la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado¹⁵. Con ello se siguieron enfatizando sus aspectos punitivos, especialmente en lo referido al uso de la privación de libertad, a las limitaciones para la desjudicialización y al desvanecimiento de la especialidad. Para efectos de este trabajo, es interesante destacar que al mismo tiempo que aumentaba la rigurosidad de las sanciones y se eliminaban aspectos relevantes de la especialidad procesal y orgánica del proyecto, los espacios más compatibles con la justicia restaurativa también se fueron restringiendo.

La LRPA, en último término, fue aprobada en diciembre de 2005 y estableció un período de vacancia de seis meses, lo que significaba que debía entrar en vigencia el 8 de junio de 2006. Sin embargo, pocos días antes de que se cumpliera el plazo para comenzar su implementación, la puesta en marcha de la nueva legislación fue postergada por un año más, fundamentalmente porque no se contaba con la infraestructura necesaria para poner en marcha el sistema¹⁶. Finalmente, la Ley N° 20.084 comenzó a regir el 8 de junio de 2007.

En términos generales, y a diferencia de las propuestas iniciales, puede afirmarse que la Ley N° 20.084 descansa de manera importante en la legislación penal y procesal penal de adultos, en relación a los delitos que son susceptibles de ser perseguidos al ser cometidos por un adolescente, al procedimiento que se sigue en ese caso y a la institucionalidad encargada de llevar adelante esos procesos. En lo que se refiere al sistema sancionatorio, sin embargo, el sistema de responsabilidad penal adolescente presenta características más especializadas dirigidas a la población adolescente, pero a su vez éste ha sido uno de los aspectos más criticados de la LRPA, tanto en relación al diseño legal como a su implementación, como se verá más adelante. Sin embargo, los problemas de la Ley N° 20.084 exceden con creces aquellos relacionados con su sistema de sanciones –tanto en lo que se refiere a las reglas de determinación como al contenido

15 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Boletín N° 3.021-07, 22 de agosto, 2005.

16 En el intertanto, y antes de su entrada en vigencia, el Ejecutivo envió al Parlamento un Proyecto de Ley que modificaba la Ley 20.084, con el objeto de introducir ‘precisos’ y ‘necesarios’ ajustes, sugeridos por una comisión de expertos creada para acompañar el periodo de implementación del nuevo sistema (la comisión fue creada mediante la Ley N° 20.110) Durante la tramitación de ese proyecto, sin embargo, el senador Larraín (UDI) introdujo una indicación, que fue aprobada posteriormente en ambas cámaras del Parlamento, en orden a restringir las posibilidades de elección del tipo de sanción al adolescente, cuando la pena fuera superior a 5 años. Lo que se propuso fue que en ese caso, la única pena procedente fuera la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, al menos por los dos primeros años, eliminando la libertad del juez para decidir sobre la sanción específica, de acuerdo a los antecedentes del caso concreto. Esta indicación generó mucho malestar en el Parlamento y en algunos sectores de la sociedad civil, ante lo cual un grupo de parlamentarios decidió interponer un requerimiento de inconstitucionalidad de la medida ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal, sin embargo, descartó la inconstitucionalidad de la norma. Esta modificación solo terminó por confirmar el distanciamiento de la LRPA con elementos de especialidad e intervención penal mínima en el trato penal de los adolescentes.

específico de las mismas– y su implementación. Especialmente desde una mirada restaurativa, todo el diseño legal de la LRPA debe ser revisado, en orden a dar cumplimiento a los estándares internacionales relativos a la justicia penal adolescente.

V FUNCIONAMIENTO DE LA LEY N° 20.084 DESDE UNA MIRADA RESTAURATIVA

Al analizar los estudios, los informes y las recomendaciones disponibles respecto del comportamiento del sistema penal de adolescentes en Chile, como las opiniones de quienes fueron entrevistados para este trabajo, puede afirmarse que existen dos grandes consensos en relación al sistema de responsabilidad penal adolescente introducido por la Ley N° 20.084.

En primer lugar, nadie cuestiona que, de acuerdo a las demandas de la CDN y demás instrumentos internacionales, la antigua legislación tutelar debía ser superada, entre otras razones, porque era discriminatoria, ineficiente e inconstitucional, especialmente luego de la reforma del sistema de justicia criminal para los adultos, que incorporó garantías de debido proceso. El mismo mensaje de la Ley N° 20.084 señalaba que la legislación tutelar entraba en “contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos¹⁷”.

Es importante notar que el Proyecto de Ley que establecía un sistema de responsabilidad penal adolescente se enmarcaba en un contexto mayor de reformulación de leyes y políticas relativas a la infancia. El mismo mensaje de la Ley N° 20.084, de 2002, señalaba que el Ejecutivo esperaba enviar, dentro del mismo período legislativo, un proyecto de ley que sustituyera la Ley 16.618, regulando un sistema de protección integral de derechos del niño y del adolescente. Como es sabido, esa reforma aún se encuentra pendiente, situación que tiene repercusiones en el desempeño del sistema de responsabilidad adolescente. Así, la creación de un sistema integral de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, acorde con las exigencias del sistema internacional, es sin lugar a dudas un elemento central de una política de prevención criminal, por lo que, en una medida importante el éxito de cualquier reforma de la LRPA pasa necesariamente por la creación de esa institucionalidad. Asimismo, los dos sistemas deberían tener canales de comunicación eficientes, en el entendido de que los niños, niñas y adolescentes que cometen delitos pueden ser a su vez susceptibles de protección. En este sentido, el Comité de Evaluación de la Ley OCDE de la Cámara de Diputados de Chile sobre la Ley N°20.084 (en adelante, Comité Evaluación OCDE) ha señalado que la falta de especialización de los actores del sistema, sumado a “una escasa

17 Mensaje 68-347, 2 de agosto de 2002.

coordinación entre los dispositivos judiciales, de salud y de intervención y a una política pública de infancia y adolescencia incipiente, dificulta las posibilidades de desarrollar un abordaje sistémico e idóneo que garantice la reinserción social de los adolescentes infractores (Comité Evaluación OCDE, 2015, p. 22)”.

En segundo lugar, pese al consenso sobre la absoluta necesidad de contar con un sistema de responsabilidad penal adolescente en reemplazo del régimen tutelar, también hay acuerdo en que el sistema que comenzó a operar con la Ley N° 20.084 presenta deficiencias importantes, tanto en relación a su falta de especialización, como en las carencias en su implementación, especialmente en lo relativo a las sanciones, que –como se dijo– son el elemento más “especializado” que muestra el diseño de la LRPA. En adelante, se exponen los elementos centrales de estas deficiencias, de acuerdo a diversos diagnósticos institucionales.

Deficiencias de la Ley

El Comité de Evaluación OCDE (2015, p. 22) concluye que “la experiencia chilena a ocho años de su entrada en vigencia, aún carece de un sistema de justicia juvenil especializado”. Entre los factores que enuncia para sustentar esta afirmación, dicho Comité destaca “las precarias condiciones materiales, técnicas y humanas con la que cuentan los actores involucrados para la implementación de la norma.” Asimismo, señala que no se cumple la obligación legal de especialización de los actores, la que queda a la voluntad y disponibilidad de recursos de las distintas instituciones, lo que impactaría en la fragmentación de la intervención que reciben los adolescentes como parte de la sanción impuesta. También destaca, en términos negativos, la escasa coordinación entre los dispositivos judiciales, de salud y de intervención. Por otra parte, en relación al sistema sancionatorio señala graves falencias tanto en el diseño de algunas sanciones como en la aplicación práctica, además de déficit de presupuesto y de recursos técnicos y humanos, y debilidades en la especialización de todos los actores involucrados. Todo lo cual, señala, repercute en que “el gran objetivo planteado por la Ley, esto es, hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes, *de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social*, estaría lejos de cumplirse.”

Por su parte, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, evaluando la aplicación de la LRPA a cinco años de su implementación, recomendó fortalecer decididamente la especialización, toda vez que la falta de especialización orgánica o funcional constituye una de las situaciones “más importantes y urgentes de abordar a propósito de esta ley”; así, se propone una “especialización general, vinculante y sin excepciones, de manera de contar con un circuito especializado de defensores, fiscales y jueces con carácter orgánico y no meramente funcional” (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado 2013, p. 321). Asimismo, propone revisar la frecuencia y extensión con que se aplica la privación de libertad

(2013, p. 319), en orden a “acercarse a las finalidades responsabilizadoras y resocializadoras que se buscan con el sistema de responsabilidad penal de adolescentes”, además de manifestar reparos sobre las condiciones en que se cumplen estas sanciones en recintos del Servicio Nacional de Menores (SENAME) y Gendarmería de Chile (GENCH). También recomienda revisar la regulación e implementación de las demás sanciones establecidas en la LRPA, para que ellas sean efectivas (2013, p. 317) y regular de mejor manera el sistema de determinación de sanciones, “el que debe contar con criterios y límites claros, pero con una menor rigidez mecánica en la determinación de la sanción” (2013, p. 321). En relación a los aspectos procesales, sugiere incorporar normas especiales respecto a las salidas alternativas, de modo que se adecúen a los adolescentes y revisar el procedimiento abreviado. También menciona la posibilidad de que el juez de familia adopte medidas de protección respecto de los adolescentes sujetos a la Ley N° 20.084, si lo requirieren, como asimismo “contemplar medidas para trabajar con la familia, con seguimiento del Juez de familia o de Garantía, para que aquella dé soporte al joven infractor” (2013, p. 320).

A tres años de la entrada en vigencia de la Ley, el SENAME (2010) también evaluó la implementación del sistema de la LRPA. En su informe, dicho servicio concluye que la implementación de la Ley no ha sido un tema prioritario para el Estado, de lo que da cuenta la escasa coordinación entre el sistema legal y de intervención (SENAME, 2010, p. 103). Asimismo, se destaca la falta de especialización para el trabajo con los adolescentes, lo que repercute en discrepancias de criterio de interpretación de la LRPA –por ejemplo, para decretar una sanción o su incumplimiento–, un escaso compromiso con el control de la ejecución de las sanciones y el bajo manejo de los historiales de los adolescentes. En relación a la Defensoría Penal Pública, se releva la necesidad de avanzar en una intervención menos adversarial en su relación con el Ministerio Público. Destaca, a su vez, la prevalencia de una intervención punitiva relacionada con el proceso penal de adultos, “por sobre la justicia restaurativa, que pretende a futuro, asentarse en el sistema de responsabilidad juvenil como el paradigma detrás de la reinserción social del adolescente infractor.” (SENAME, 2010, p. 104)

Por su parte, el Presidente de la Corte Suprema, en su intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en 2013, señaló: “Si bien en la actualidad se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 29 de la ley, en el sentido de que casi la totalidad de los jueces, fiscales y defensores penales públicos que intervienen en causas de adolescentes han recibido la capacitación correspondiente, se estima que, sin duda, el mejor desarrollo y perfeccionamiento del sistema de justicia penal juvenil requiere necesariamente la creación de una judicatura especial y con competencia exclusiva para el conocimiento de infracciones penales juveniles” (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 2013, pp. 17-18), en atención a las características de los jóvenes.

El Ministerio de Justicia, por su lado, convocó a una comisión de expertos que trabajó entre abril de 2013 y enero de 2014, con el objeto de determinar los nudos críticos de la Ley N° 20.084¹⁸. La comisión planteó modificaciones y propuestas de reformas legales específicas, pero señaló que hay medidas estructurales y de orden institucional que deben ser abordadas para poder llevar adelante una reforma eficaz. Por ejemplo, hubo un acuerdo transversal entre los miembros de dicha comisión en la necesidad de avanzar a la brevedad posible en el estudio, la estimación y la propuesta de reformas estructurales orientadas hacia la efectiva especialización del sistema, entre ellas, la especialización orgánica.

En síntesis, de los diagnósticos institucionales se concluye que existe un amplio consenso en el país en orden a estimar que la Ley N° 20.084 no solo presenta problemas de implementación relacionados con la falta de recursos económicos y humanos para llevar adelante sus fines, o de técnica legal sobre la regulación de algunas instituciones, sino que, de manera determinante, existen problemas relativos al diseño del modelo legal e institucional que adoptó la LRPA que deben ser corregidos para lograr instalar un sistema de justicia penal adolescente que cumpla con las exigencias de un sistema de justicia debidamente especializado. La revisión de los estándares y experiencias internacionales sobre justicia juvenil y justicia restaurativa no solo da cuenta de que ambas perspectivas son compatibles, sino que la perspectiva restaurativa tiene el potencial de mejorar las posibilidades de los sistemas de justicia juvenil de cumplir de mejor manera sus fines centrales. Por esta razón, en orden a superar los problemas de diseño de la Ley N° 20.084, se proponen en adelante los ejes centrales que debería contemplar una reforma del sistema con una perspectiva restaurativa.

18 Informe Final de la Comisión de Expertos de la Ley N° 20.084, Ministerio de Justicia de Chile, enero de 2014.

VI ELEMENTOS CENTRALES DE UNA REFORMA A LA LEY N° 20.084 CON CONTENIDO RESTAURATIVO

Es relevante considerar que la justicia restaurativa propone una cierta mirada al sistema de justicia penal adolescente, una determinada forma de comprender el conflicto y la manera de abordarlo, como también plantea ciertos mecanismos para desarrollar procesos y/o lograr resultados restaurativos.

Como se desprende del análisis de las experiencias internacionales, y también por sus propias limitaciones –por ejemplo, la exigencia de voluntariedad de las partes para participar en procesos restaurativos–, un modelo de justicia juvenil restaurativo no reemplaza al sistema de justicia penal tradicional de persecución criminal, debidamente especializado en el caso de los adolescentes, sino que lo complementa, lo que se traduce en dos aspectos principales:

- Busca ubicar la oferta de espacios significativos de encuentro entre ofensor y víctima, con el objeto de acordar una reparación, en todas las etapas del procedimiento y en la ejecución de las sanciones; y
- Sugiere elementos de diseño del sistema de justicia juvenil que sean acordes con los principios que inspiran la justicia restaurativa y que permitan su desarrollo, los que además coinciden en términos generales con el modelo de justicia especializada de la CDN, como, por ejemplo, un modelo alejado de la retribución y orientado a la reinserción, con un amplio espacio de desjudicialización, con límites estrictos a la privación de libertad, y un rol relevante de la participación de la familia del niño o adolescente en el proceso, centrado en el respeto de su dignidad y su responsabilización.

Debido a que en Chile, tal como se ha argumentado, no se instaló un modelo de justicia penal juvenil debidamente especializado, los elementos centrales de un modelo de justicia restaurativa para adolescentes en conflicto con la ley penal, en el marco del proceso de reforma a la Ley N° 20.084, en muchos aspectos se superponen a aquellos que demanda una debida especialización. Estos ejes centrales son:

- Instalación de un sistema de responsabilidad penal juvenil autónomo e independiente del sistema de justicia penal de adultos.
- Instalación de un sistema de justicia penal adolescente especializado orgánicamente.

- Diseño de un procedimiento debidamente especializado.
- Amplia gama de medidas de desjudicialización y diversificación de respuestas.
- Integración de una orientación restaurativa al sistema de medidas o sanciones.
- Incorporación de la posibilidad de derivación a procesos restaurativos en todas las etapas del procedimiento.
- Incorporación del uso de procesos restaurativos en la legislación.
- Diseño de una institucionalidad que organice y/o provea procesos de justicia restaurativa.

1. Instalación de un sistema de responsabilidad penal adolescente autónomo e independiente del sistema de justicia penal de adultos

Como se ha visto, la justicia restaurativa se desarrolla privilegiadamente en el escenario de la justicia penal juvenil, fundamentalmente porque ésta incorpora fines, valores y una institucionalidad que es más compatible con sus propuestas. Tal como se analizó anteriormente, Chile no cuenta con un sistema de justicia penal adolescente autónomo o independiente del sistema penal de adultos. Asimismo, este último no incorpora una visión restaurativa sino, por el contrario, una marcadamente adversarial y retributiva. Tal como señala la Representante Especial de la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre Violencia en contra de los Niños, es relevante destacar que los procesos de justicia restaurativa se oponen a una visión adversarial de la justicia. Así, la justicia restaurativa propone procesos voluntarios “basados en el diálogo, la negociación y la solución del conflicto, en que se busca rehabilitar y reintegrar al joven ofensor, ayudándolo a re-conectarlo con la comunidad. Ello implica asegurar que el adolescente entienda el daño causado a la víctima y la comunidad y responda por su comportamiento, así como que repare las consecuencias de éste” (SRSGVAC, 2013, p.2). Por esta razón, cualquier iniciativa de tipo restaurativo en el sistema de responsabilidad penal adolescente en la actualidad tendría muchas dificultades para desarrollarse.

Una de los problemas más evidentes de no contar con un sistema juvenil con una base autónoma, es que es muy difícil que los mismos actores judiciales –incluso aunque hayan sido capacitados en materias relativas a la especialidad de la justicia juvenil–, puedan efectivamente operar en una lógica diversa a la del sistema de adultos, tanto en relación a los fines de la persecución, como a las decisiones y estrategias que se toman durante el procedimiento. Un ejemplo de ello es la situación de la Defensoría Penal Pública, que pese a que ha sido la institución que más esfuerzos

ha hecho por capacitar a sus funcionarios, éstos operan en la lógica adversarial del sistema, pues no existe una estructura ni un procedimiento que les permita actuar de otra manera.

La justicia restaurativa ha tenido un mayor desarrollo en el ámbito de la justicia juvenil en el contexto comparado, entre otras razones, justamente porque los sistemas de justicia juvenil especializados integran elementos que se compatibilizan de mejor manera con la perspectiva restaurativa que la justicia penal de adultos. Entre ellos, la prioridad de la desjudicialización, la integración de elementos relativos a la situación del adolescente en el análisis de la respuesta penal concreta, la orientación a la reinserción y el uso de la privación de libertad como último recurso. Así, sin un sistema de justicia juvenil independiente y especializado, la justicia restaurativa presenta muy pocas posibilidades de desarrollo.

2. Instalación de un sistema de justicia penal adolescente especializado orgánicamente

Juan Bustos (2007, pp. 15-16) señala que el derecho penal del niño-adolescente tiene sus propias características y conforma, por tanto, un subsistema diferente al derecho penal de adultos. El fundamento de esta distinción tendría un doble carácter: por un lado, el Estado tiene un deber especial de protección del niño, en relación a su nivel de desarrollo; y por otro, la diferencia de necesidades de los niños frente a los adultos demanda un trato distinto y una diferenciación en relación al ejercicio de sus derechos. Es justamente a partir de esta distinción que la CDN demanda expresamente la especialización de la justicia penal de adolescentes. Así, el artículo 40.3 establece la obligación de los Estados Partes de “promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos”. Asimismo, la OG/10 indica que esta regla exige unidades especializadas de policías, fiscales, tribunales y órganos de ejecución (párrafo 92). Además, en el contexto de las garantías de un juicio imparcial, el Comité de los Derechos del Niño recomienda la formación sistemática y continua y la especialización de los profesionales que intervienen en la justicia juvenil, tanto en los aspectos normativos, físicos, psicológicos, de salud mental y sociales, como en las necesidades especiales de los niños más vulnerables (párrafo 40). Finalmente, también recomienda la creación de servicios especializados para la ejecución de sanciones y el fomento de manera continua de la coordinación efectiva de las actividades de todas estas unidades, servicios y centros especializados (párrafo 94).

La especialización orgánica está en el centro de la especialización de la justicia penal adolescente, pues es una demanda en sí misma y, a la vez, una condición determinante para que todos los demás aspectos vinculados a la especialidad de la justicia juvenil puedan efectivamente concretarse. Esto es especialmente relevante para efectos de desarrollar un sistema de orientación restaurativa

—pues éste representa un cambio de paradigma que debe ser integrado adecuadamente por todos los actores y la institucionalidad del sistema—, que permita orientarse a arribar a la mejor solución del conflicto, tanto para el adolescente como para los intereses de la víctima. Como se ha visto, la propuesta de la Ley N° 20.084 no incluyó en su diseño o su debate la perspectiva restaurativa, por lo que si se quiere avanzar en ese sentido, debe hacerse de manera clara y con espacios institucionales definidos. Pero también, requiere de un sistema que en su conjunto lo permita.

2.1 Regulación Ley 20.084

Como se analizó anteriormente, la LRPA no integró la especialización orgánica del sistema, como sí se contemplaba en versiones anteriores de la propuesta legal, especialmente en el Anteproyecto. Así, la norma del artículo 29 solo demanda que jueces, fiscales y defensores reciban cierta capacitación en temáticas relacionadas con adolescentes, cuya ejecución queda entregada a cada institución, sin establecer ningún estándar. En el inciso segundo, por su parte, se permite la intervención de fiscales, jueces y defensores no capacitados en los procedimientos juveniles cuando el sistema de distribución de causas lo haga necesario; sin perjuicio de lo cual, se sugiere que los Comités de Jueces consideren la integración y radicación preferente de los jueces que cuentan con una formación especial. Como se aprecia, el sistema no cumple con la demanda de una justicia especializada, toda vez que en la práctica los adolescentes pueden ser juzgados de acuerdo al régimen de la Ley 20.084, ante la misma estructura judicial que opera para los adultos.

En la práctica han existido esfuerzos aislados de especialización como, por ejemplo, en San Bernardo, Valparaíso —que se abandonó— y en el 4° Juzgado de Garantías de Santiago. Aquí los jueces han tenido alternancias de permanencia. En entrevistas con jueces, fiscales y defensores que han intervenido en estas salas, se constató que existía una buena valoración de la iniciativa y coincidían en que una sala especializada es el punto de partida para poder construir un adecuado y eficiente sistema de justicia juvenil.

Ahora bien, tal como señala Espejo (2014, p. 6), la falta de especialización orgánica de las instituciones del sistema de la Ley N° 20.084 ha dificultado gravemente las posibilidades de, entre otras, desarrollar criterios de persecución penal especiales —preventivo especiales— para adolescentes infractores de ley; dictar sentencias que no solo resulten ser justas de acuerdo a los criterios generales del Derecho Penal, sino idóneas para el adolescente; aprobar y supervisar adecuadamente los planes de intervención; y evitar la excesiva privación de libertad de adolescentes sometidos a la medida cautelar de internación provisoria. Por su parte, Duce (2013, p. 298) manifiesta que la falta de especialización también impide el desarrollo jurisprudencial de la normativa internacional, pues los actores, tanto litigantes como jueces, no elaboran de manera suficiente ese tipo de argumentación.

La especialidad, sin embargo, no se agota en el ámbito de la justicia juvenil con la existencia de policías, tribunales, fiscales y defensores especializados. También es fundamental que estos actores tengan el apoyo de equipos interdisciplinarios debidamente especializados que orienten sus decisiones o, al menos, que cuenten con el acceso a información relevante sobre las condiciones de vida del adolescente en el momento de tomar decisiones, tanto durante el procedimiento como en la decisión acerca de la sanción¹⁹. Este requerimiento está directamente relacionado con la exigencia emanada de diversas normas internacionales acerca de que las decisiones que se tomen en el procedimiento seguido en contra del adolescente ofensor consideren de manera especial sus características y necesidades²⁰. En este sentido Duce (2013, p. 92) señala que, en orden a que el proceso de justicia juvenil cumpla con fines educativos y no simplemente con el de retribución, debe producir “información que permita tomar una decisión más acertada respecto a cuál es la respuesta razonable en el caso de que efectivamente se determine su responsabilidad”.

En un modelo restaurativo ello es particularmente central. Así, Vásquez (2015, p. 43) indica que “esta información y orientación tienen un carácter personalizado y consideran las variables sociales e individuales de relevancia para los procesos restaurativos, siendo un complemento fundamental en el sistema de justicia para alcanzar los fines y objetivos resocializadores y reparadores de las prácticas restaurativas.”

Recomendaciones

- Crear juzgados especializados en derecho penal de adolescentes. La alternativa más definitiva es crear tribunales especializados a través de una reforma orgánica del Poder Judicial. También puede optarse por una norma que obligue a la radicación y distribución de causas de adolescentes en los Juzgados de Garantías, por períodos prolongados y la exigencia de que esas salas sean integradas por jueces debidamente capacitados²¹.
- Crear Tribunales Orales especializados en derecho penal de adolescentes, destinados a conocer, de manera preferente y por periodos prolongados, los juicios orales cuando el imputado sea adolescente y sus integrantes deben estar debidamente capacitados.
- Designar Salas de Corte de Apelaciones con dedicación preferente a causas de justicia penal adolescente.

19 Así, la Regla 16.1 de las Reglas de Beijing establece: “Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito”.

20 Así lo hacen, por ejemplo, el artículo 40.4 de la CDN; la OG/10, párrafo 71; y la Regla N° 5 de Beijing.

21 Todo ello en aquellas jurisdicciones que cuentan con una población considerable de adolescentes en conflicto con la ley penal. En aquellas que no sea así, se debe asegurar que los actores que intervienen en los casos que involucran a adolescentes reciban una capacitación adecuada.

- Designar de manera exclusiva fiscales y defensores debidamente especializados para llevar causas de acuerdo a la Ley N° 20.084 en dichas salas²².
- Establecer un sistema judicial de ejecución con competencia y funciones claras, como también la intervención de fiscales y defensores que hagan un debido seguimiento.
- Crear unidades especializadas de justicia penal adolescente en las policías.
- Diseñar incentivos institucionales que permitan generar interés y demanda en los diferentes actores por especializarse en la justicia juvenil.
- Generar un sistema que permita a los tribunales especializados acceder a información relevante en relación a la situación personal del adolescente, con el objetivo de tomar decisiones debidamente informadas en las audiencias y en instancias de desjudicialización.

3. Diseño de un procedimiento debidamente especializado

El derecho a un procedimiento especializado de adolescentes goza de amplio reconocimiento en el sistema internacional. Así, por ejemplo, la CDN prescribe en el artículo 40.3 la exigencia de establecer procedimientos especializados cuando se alegue que un niño ha cometido una infracción a la ley penal²³. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 14.4: “En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”.

Ahora bien, analizando las exigencias de un procedimiento especializado en el sistema internacional, Duce (2013) señala que hay tres ejes de especialización: la demanda por un reforzamiento del debido proceso, una estructura procesal que permita cumplir los objetivos específicos de la justicia juvenil y una política amplia de diversificación de respuestas y de desestimación de casos. En relación al primero, destacan mayores restricciones a la privación de libertad dentro del proceso, exigencias más estrictas en relación a la duración del mismo, mayores resguardos al derecho a la defensa y requerimientos más estrictos a la renuncia de derechos. En relación a la estructura del procedimiento, la especialidad demanda un proceso más flexible y liviano, en razón de asegurar los fines educativos de la justicia juvenil; una mayor protección de la vida privada y el énfasis en las características y necesidades del adolescente. Por último, la demanda por una política amplia de diversificación se fundamenta en la conveniencia de evitar el contacto del joven con el sistema de justicia penal, por ser éste estigmatizante y generalmente violento.

²² Al igual que cuando se trata de tribunales, en jurisdicciones más pequeñas, cuando fiscales y defensores no lleven adelante de manera exclusiva causas de adolescentes, deben recibir una capacitación adecuada.

²³ En el mismo sentido, la Regla 2.3 de Beijing y la Directriz de Riad N° 52.

La exigencia de una política amplia de desjudicialización y diversificación de la respuesta penal es el aspecto de especialización que se vincula más directamente a las propuestas de un modelo restaurativo. Por ello, se tratará como un eje central para la reforma de manera separada. Sin perjuicio de lo anterior, hay otros elementos de un procedimiento especializado que son relevantes desde la perspectiva restaurativa. Por ejemplo, y como ya se mencionó anteriormente, la idea de un procedimiento flexible es un elemento determinante y facilitador para la instalación de procesos de justicia restaurativa, pues estos requieren que el sistema posibilite el espacio y tiempo necesarios, que pueden ser variables en relación a cada caso concreto, para poder ser llevados adelante de manera exitosa.

Desde otra perspectiva, un aspecto relevante en relación al procedimiento especializado y la orientación restaurativa dice relación con la participación del adolescente en el procedimiento y el derecho a ser oído en forma directa. Tanto la CDN (artículo 12) como las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño números 10 y 12 establecen fuertes exigencia en este sentido, que van más allá de una participación formal del joven en el procedimiento. Así, por ejemplo, la OG/10 recomienda que el niño sea escuchado directamente en todas las instancias del proceso y no solo a través de su representante. Por su parte, la OG/12 señala en el párrafo 60 que, para asegurar la participación efectiva del niño en el procedimiento, debe ser informado oportunamente de los cargos que se le imputan, del proceso de justicia juvenil y las medidas que puede adoptar el tribunal. Asimismo, establece que el procedimiento debe desarrollarse “en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente”. En términos generales, puede observarse que la participación directa y efectiva –más allá de su presencia en la audiencia– de los adolescentes en el procedimiento de responsabilidad penal adolescente chileno es escasa. Duce (2013, p. 240) indica que esto puede deberse, en parte, a la falta de especialización de los jueces, como también a la “dinámica adversarial que ha adquirido la justicia juvenil en nuestro país”, lo que ha socavado la reflexión acerca de las limitaciones que presenta este modelo para el cumplimiento de los objetivos de la justicia adolescente. Este aspecto es clave en relación a la perspectiva restaurativa de la reforma del sistema penal juvenil, y apoya la necesidad de impulsar una modificación estructural de la LRPA, que se oriente en el sentido del primer eje central de reforma que se ha propuesto, esto es, la instalación de un sistema penal autónomo y con reglas particulares, orientado a la consecución de los objetivos de la justicia juvenil, especialmente a la responsabilización y la reintegración.

En este sentido, los procesos restaurativos están diseñados justamente para que el ofensor, en este caso el adolescente, participe directamente en el proceso, exprese sus puntos de vista y sea parte activa en la toma de decisiones acerca de la solución del conflicto, por lo que la justicia restaurativa ofrece un escenario privilegiado para que el joven participe de manera directa y significativa en el proceso. Braithwaite (2003, p. 328) señala que los ofensores son más proclives

a responder positivamente ante la justicia criminal si perciben a los procesos como justos y que existe evidencia de que la mayoría de los ofensores aprecian los procesos restaurativos como más justos, tanto desde el punto de vista material, como procedimental y psicológico. Asimismo, esta percepción aumentaría mientras más elementos restaurativos se contemplan en el programa –tanto en relación al procedimiento, como a los resultados.

3.1 Regulación de la Ley N° 20.084

En términos generales, como ya se analizó en el capítulo anterior, el procedimiento que establece la LRPA no difiere sustancialmente del contenido en el Código Procesal Penal de adultos. Así, el Código Procesal Penal se aplica supletoriamente en todo lo que no esté regulado de manera específica en la Ley N° 20.084, regulación que es muy escasa. En términos del procedimiento, si bien la LRPA establece algunas normas especiales, fundamentalmente en orden a reducir los plazos²⁴, no introdujo un proceso decididamente diferenciado que recoja la especial condición del adolescente. La estructura del proceso es la misma y opera con igual lógica que el sistema penal acusatorio de adultos. Se trata, por tanto, de un proceso tradicional de adjudicación de responsabilidad penal que no incorpora elementos distintivos. En este sentido, es interesante destacar que las reglas que imponen plazos más restringidos para llevar adelante el procedimiento, cuando no operan con una lógica diferenciada, pueden resultar contraproducentes para los intereses de los jóvenes. Desde esta perspectiva, diversos entrevistados señalaron que privilegiar el procedimiento simplificado o el juicio inmediato en el caso de los adolescentes no permitía llevar adelante un debate informado sobre su situación individual, lo que finalmente los perjudicaba. Ello también puede ser perjudicial para instalar una lógica restaurativa, ya que en ese esquema los actores que intervienen en el proceso no tienen incentivos para privilegiar la derivación de un caso a un proceso restaurativo en razón de una mejor solución del conflicto o de beneficios para la vida futura del adolescente, pues representa un costo en términos del procedimiento. Por esta razón, no basta con incorporar ciertas normas especiales de procedimiento para diferenciar debidamente el proceso penal de adultos y juvenil, sino que todo el diseño del procedimiento de justicia penal juvenil debe tener una lógica distinta, alejada de la estrictamente adversarial, que permita incorporar adecuadamente tanto los derechos e intereses de los adolescentes, como las posibilidades de procesos restaurativos.

24 Estas normas especiales que reducen plazos van en la línea de la CDN (artículo 40.2.b iii), que prescribe que los procedimientos penales realizados en contra de niños se lleven adelante en el menor tiempo posible. Entre estas normas destacan el artículo 38, que establece un plazo máximo de investigación de seis meses, ampliable a otros dos meses, mientras que el plazo establecido en el caso de adultos es de dos años (aunque en la práctica el juez de garantías, en la mayoría de los casos, ordena plazos menores). Asimismo, el artículo 39 establece un plazo más corto para llevar adelante el juicio oral, tras la acusación. Por otra parte, la Ley señala que siempre que el fiscal solicite una sanción que no sea privativa de libertad, el procedimiento se regirá por las normas del procedimiento simplificado o monitorio (el cual se tramita de una manera mucho más rápida y desformalizada), establecido en el Código Procesal Penal cuando se trata de faltas o delitos por los cuales el fiscal pida penas menores (hasta 541 días de privación de libertad).

Recomendaciones

- Diseño de un procedimiento especial para los adolescentes, con un diseño normativo centrado en promover los fines de la justicia penal adolescente, alejado de la lógica puramente adversarial del modelo del Código Procesal Penal.
- Procedimiento que contemple plazos que permitan recabar la información necesaria sobre la situación de vida del adolescente, con el objeto de que dicha información se integre en la toma de decisiones por parte de las autoridades.
- Proceso flexible y que permita la derivación a programas de justicia restaurativa durante toda su tramitación.

4. Amplia gama de medidas de desjudicialización y diversificación de respuestas

La desjudicialización de los conflictos juveniles es quizá el elemento central de una política de justicia juvenil restaurativa, pues se encamina a lograr tres de sus elementos centrales: la utilización de la privación de libertad como último recurso, la posibilidad de llevar adelante procesos de responsabilización significativa y la oportunidad para responder al conflicto penal de una manera que se aleje de una visión estrictamente retributiva y se encamine a la reparación.

La desjudicialización es también uno de los aspectos esenciales del diseño de procesos de justicia juvenil especializados, de acuerdo a la normativa internacional, que buscan limitar el contacto de los adolescentes con el sistema judicial, el que se considera perjudicial o criminógeno. Ello explica, en gran parte, que la justicia juvenil haya sido el terreno más fértil para desarrollar procesos de justicia restaurativa en el ámbito comparado. En este sentido, la SGRSVAC (2013, p. 1) señala que la justicia restaurativa ofrece una perspectiva adecuada para enfrentar la violencia que sufren los niños a manos del sistema de justicia criminal, puntualizando: “Hoy más de un millón de niños se encuentran privados de libertad alrededor del mundo y muchos más enfrentan un trato violento y degradante de parte del sistema de justicia criminal. A la luz de esta dramática situación, es imperativo promover estrategias que ofrezcan una alternativa a la detención y privación de libertad de los niños”.

La legislación internacional de la infancia promueve decididamente la desjudicialización de los conflictos penales. Así, la CDN establece en su artículo 40.3.b que cuando ello fuere apropiado y deseable, deben adoptarse medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales. En el mismo sentido, las Directrices de Riad señalan en el párrafo 58 que el personal del sistema de justicia penal debe estar al corriente de los programas y las posibilidades de remisión a otros

servicios y que se debe recurrir a ellos “en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.” Las Reglas de Beijing también enfatizan este aspecto, tanto respecto de la remisión de casos (Regla N° 11), como respecto de casos que ingresan al sistema (Regla N° 6).

Por su parte, en la Observación General N° 10, el Comité de los Derechos del Niño señala que, dado que la mayoría de los niños, niñas y adolescentes solo cometen delitos leves, deben estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal y la reorientación hacia servicios sustitutorios. En orden a cumplir con este objetivo, de acuerdo a la OG/10, párrafo 27, los Estados Partes pueden decidir la naturaleza y el contenido exactos de estas medidas, aunque refiere que en algunas jurisdicciones existe una amplia experiencia de diversos programas basados en la comunidad como, por ejemplo, supervisión y orientación comunitarias, conferencias de familia y otras formas de justicia restaurativa, en particular orientadas al resarcimiento y la indemnización de las víctimas, por lo que otros Estados Partes deberían beneficiarse de estas experiencias.

Ahora bien, una política criminal de justicia penal adolescente centrada en la desjudicialización es una condición necesaria para el desarrollo de programas de justicia restaurativa, pero no suficiente. Lo que el Estado decida hacer en el ámbito de la desjudicialización puede o no tener un contenido restaurativo, pero si la institucionalidad no contempla ese espacio para su desarrollo, es imposible que los programas de justicia restaurativa puedan llevarse a cabo en primer término. De otra parte, si el ámbito de la desjudicialización es muy reducido, por ejemplo, si solo incluye criminalidad leve, tampoco presentará un escenario proclive para el desarrollo de procesos restaurativos, pues en ese contexto muchas veces lo recomendable será no llevar adelante ningún tipo de intervención. Además, existe evidencia de que la justicia restaurativa es más efectiva en conflictos de mayor complejidad, por lo que no se justifica reducir estos espacios solo a criminalidad leve, lo que, como se vio a propósito de la experiencia internacional, impide que la justicia restaurativa traspase los márgenes del sistema penal y se convierta en un eje central, como lo muestran las regulaciones de Irlanda del Norte, Nueva Zelanda, Bélgica y Finlandia.

Ahora bien, cuando se procede a llevar adelante un procedimiento restaurativo en el ámbito pre judicial, debe asegurarse que existan antecedentes fehacientes de que el adolescente ha cometido un delito y que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, y que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior. Además, la solución a la que se arribe debería importar un cierre definitivo de la causa. En este sentido, los Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal señalan en el apartado número II que los programas de justicia restaurativa pueden ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia penal, siempre que haya prueba suficiente para inculpar al delincuente y tanto éste como la víctima consientan de manera libre y voluntaria en ello.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011, párrafos 239-240) insta a los Estados a ampliar el uso de medios alternativos de solución de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niños, niñas y adolescentes y “observa que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los niños al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad”, siempre que salvaguarden sus derechos y se respeten las garantías judiciales y que la participación del niño en estos procesos no se utilice como prueba o antecedente en procedimientos posteriores.

En el ámbito comparado, especialmente en aquellos países donde la justicia restaurativa constituye un elemento central del procedimiento juvenil, existe un amplio reconocimiento para la desestimación de casos en un rango de delitos amplio, ya sea en la instancia policial o con la intervención del Ministerio Público. La desestimación de casos con un contenido restaurativo implica entregar una respuesta del sistema al conflicto penal en atención a los intereses de la víctima y el imputado, aunque no judicial. Por ello, toda vez que esa respuesta sea posible y las partes acudan voluntariamente a esta solución, debería privilegiarse frente a la continuación del procedimiento. Asimismo, un modelo restaurativo de justicia juvenil contempla la utilización de procesos restaurativos para dar contenido a mecanismos alternativos de solución de conflictos durante todo el procedimiento.

4.1 Regulación Ley N° 20.084: Oportunidad

Una de las pocas reglas especiales de procedimiento que contempla la LRPA es la relativa al principio de oportunidad. Así, si bien la ley mantiene la regulación del artículo 170 del Código Procesal Penal²⁵, introduce un criterio interesante de desestimación que atiende a la especial condición de los adolescentes. El artículo 35 de la Ley N° 20.084 señala: “Para el ejercicio del principio de oportunidad establecido en el Artículo 170 del Código Procesal Penal, los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado.”

Sin embargo, el espacio a la desjudicialización a través de este mecanismo es todavía insuficiente, y mucho más restringido que los propuestos en el Anteproyecto y el Proyecto de Ley de 2002, que incluían —como se vio—, además de un rango muy amplio para permitir la oportunidad, criterios específicamente relacionados con la mejor resolución del conflicto o en consideración a la vida futura del imputado, ambos criterios de un evidente contenido restaurativo. Asimismo, el juez también podía en una instancia muy temprana terminar

25 Por la aplicación del artículo 21 de la Ley N° 20.084, el ámbito de delitos en que puede aplicarse el principio de oportunidad se amplía respecto de la situación de los adultos.

los casos cuando consideraba, entre otras circunstancias, que el fiscal no tenía suficientes antecedentes para la continuación del caso o, bien, había una reparación o promesa de reparación a la víctima, la que debía tomar en cuenta tanto la satisfacción de sus intereses como el efecto educativo en el joven.

Por su parte, la Instrucción General del Ministerio Público que imparte criterios de actuación en materia de responsabilidad penal adolescente, señala respecto al principio de oportunidad los siguientes criterios que deben tomar considerar los fiscales al utilizarlo: a) si se aprecia que los primeros pasos de la persecución han tenido un efecto responsabilizador y, por lo tanto, resulta innecesario continuar con el proceso; b) si la conducta representa un evento puntual y acotado, presumiendo que no continuará; y c) si se aprecia que el adolescente requiere de una intervención más intensa del sistema penal, lo que hace inadecuado aplicar esta forma de término.

Como se ve, estos criterios en general no parecen ser compatibles con una lógica restaurativa de solución del conflicto, sino que se instalan en una visión más bien de disuasión y/o actuarial que valora el efecto de contacto con el sistema con miras a una menor probabilidad de que el delito vuelva a ocurrir en el futuro (criterio a), o de desjudicialización sin ningún tipo de intervención (criterio b), lo que a su vez podría justificarse por el rango restrictivo de aplicación del principio de oportunidad.

Recomendaciones

- Revisión de criterios legales que hacen procedente el principio de oportunidad, de manera de ampliar el rango de criminalidad que puede ser susceptible de una desestimación a través del mismo.
- Potenciamiento de la desjudicialización en los casos cuando se trate del primer contacto del adolescente con el sistema, asociando cuando sea posible un contenido restaurativo que no implique un alto grado de intervención (por ejemplo, disculpas a la víctima).
- Aseguramiento de que este tipo de medidas se apliquen cuando hay evidencia de la comisión de un delito por parte del adolescente. Asimismo, aseguramiento de que este haya admitido participar de un proceso restaurativo pre judicial de manera voluntaria y libre, para lo cual debe asegurarse el asesoramiento jurídico pertinente.
- Inclusión en la política criminal del Ministerio Público de criterios relacionados con la reparación a la víctima, solución del conflicto penal o de conveniencia para el bienestar del adolescente para promover la desjudicialización.

4.2 Regulación Ley N° 20.084: Salidas alternativas

La LRPA no incluyó en su formulación definitiva reglas específicas y diferenciadas para los adolescentes en relación a las dos instituciones que constituyen salidas alternativas en el Código Procesal Penal: la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Ello atenta contra la especialidad del sistema y la oportunidad de incorporar elementos restaurativos en la implementación de estas soluciones, entre otras razones, porque operan en general bajo las ópticas de la negociación en el contexto del sistema adversarial, o de descongestión, que generalmente son ajenas a consideraciones relativas a los beneficios que pueden tener estas salidas alternativas para la vida futura del joven, su efecto responsabilizador o la satisfacción de los intereses de la víctima, más allá de una reparación material.

Un sistema de salidas alternativas acorde con una justicia especializada y afín a valores restaurativos debería incluir un diseño específico para la justicia juvenil, que hiciera posible darle un contenido acorde con los fines de la misma.

La suspensión condicional del procedimiento está regulada en el artículo 237 del Código Procesal Penal y consiste en un acuerdo entre el fiscal y el imputado, mediante el cual se suspende el procedimiento a cambio de que el imputado se comprometa a cumplir ciertas condiciones –reguladas en el artículo 238, aunque no de manera taxativa. La suspensión condicional puede ser procedente cuando la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no supere los tres años de privación de libertad, siempre que no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso. Por su parte, el plazo durante el cual queda sometido el imputado para cumplir estas condiciones es de un mínimo de un año y un máximo de tres.

Como se vio anteriormente, la formulación final de la Ley N° 20.084 no contiene una regulación especial de los acuerdos reparatorios, como sí contenía la propuesta original de 2002, la que permitía una aplicación amplia de estos acuerdos, sin las restricciones del artículo 241 del Código Procesal Penal, que permite acuerdos reparatorios solo si se trata de delitos que afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves y delitos culposos. Las razones para desechar la propuesta original durante la tramitación parlamentaria se basaron en la impresión de parte de los parlamentarios

de que este tipo de acuerdo representaría impunidad, especialmente cuando se trata de delitos graves²⁶.

Los acuerdos reparatorios fueron incluidos en el Código Procesal Penal con el objetivo expreso de entregar una instancia para la satisfacción de los intereses de la víctima a través de una reparación. Por ello, representan un espacio natural de desarrollo para la justicia restaurativa, siempre que se asocien a la realización de un proceso restaurativo entre víctima y ofensor, que se alejen de la sola idea de un cálculo negociador, que se amplíe el rango de delitos sobre los cuales son procedentes y que se promuevan tipos de reparación diversos a la sola reparación económica. Esto último principalmente por dos razones: primero, porque de lo contrario se arriesga a que el uso de este tipo de salidas alternativas se utilice de una manera discriminatoria, al hacerla posible solamente para aquellos imputados que puedan solventar económicamente la reparación; y, segundo, porque otros tipos de reparación, como las disculpas o la realización de un trabajo a favor de la víctima o la comunidad, han mostrado tener un sentido más restaurativo y muchas veces son preferidas por las víctimas en el marco de la justicia penal adolescente.

El hecho de que las salidas alternativas no tengan una regulación especial en la LRPA, orientada a fines diversos de la justicia penal de adultos, se ve reflejado en que su utilización tiene un comportamiento similar en ambos sistemas (Berríos, 2011, p. 177; Duce 2003, p. 291), pese a que, por ejemplo, en la suspensión condicional del procedimiento se amplía el espectro de delitos que podrían terminar por esta vía, por la rebaja de pena. Los acuerdos reparatorios, por su parte, se ocupan en un porcentaje muy menor de los casos.

Por estas razones, un modelo de justicia juvenil restaurativo demanda una regulación autónoma de las salidas alternativas o de mecanismos alternativos de solución de conflictos, que refleje los fines de la justicia penal juvenil, se inserte en la lógica de un sistema de justicia especializado y permita desarrollar procesos restaurativos y lograr resultados restaurativos.

Así, por ejemplo, pese a que existe un cierto consenso en la necesidad de reformar algunos aspectos en relación a las salidas alternativas, especialmente en cuanto a reducir el plazo mínimo para el cumplimiento de las condiciones en la suspensión condicional²⁷, ello es insuficiente, pues es toda la lógica del sistema de salidas alternativas el que debe ser revisado en orden a darle un contenido restaurativo.

26 Ver Historia de la Ley N° 20.084, páginas 145-151; 746.

27 Informes, mociones.

Recomendaciones

Diseño de un sistema de salidas alternativas específico para los adolescentes, que atienda a los fines de la justicia juvenil.

En el contexto de la legislación actual, ese sistema debería contemplar:

- Ampliación del marco legal de los delitos que pueden ser susceptibles de un acuerdo reparatorio, que permita decidir en concreto, de acuerdo a las circunstancias del caso, si esta salida es conveniente para las partes.
- Asociación de la aprobación de los acuerdos reparatorios a la realización de un proceso restaurativo que permita al adolescente reparar el daño de una manera significativa.
- Consideración de manera explícita en la Ley de medidas reparatorias con un contenido diverso al estrictamente pecuniario.
- No limitar la suspensión condicional del procedimiento a adolescentes sin antecedentes penales.
- Establecimiento de plazos más acotados en la suspensión condicional del procedimiento para efectos de que el joven cumpla las condiciones impuestas.
- Dotación de contenido restaurativo al cumplimiento de las condiciones de la suspensión condicional, por ejemplo, a través de trabajos a favor de la comunidad o de la víctima.
- Integración al sistema de justicia penal juvenil de una institucionalidad que se encargue de llevar adelante los procesos restaurativos y apoyar al adolescente en el proceso de cumplimiento de las condiciones y reparación a la que se haya comprometido.

5. Integración de una orientación restaurativa al sistema de medidas o sanciones

Un modelo restaurativo sugiere limitar el uso de la privación de libertad, sustituyendo, en cuanto sea posible, las sanciones que demanden encierro por aquellas que puedan cumplirse en libertad, sin desvincular al adolescente de su entorno. Este fin de la justicia restaurativa se condice con el consenso de los instrumentos internacionales en tanto restringir estrictamente la privación de libertad de los adolescentes. En este sentido, la CDN en su artículo 37.2 señala que los Estados velarán por que: “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”.

En el contexto de las sanciones o medidas que se determinen tras la imposición de una condena, la justicia restaurativa ofrece instancias significativas de responsabilización en orden a limitar la privación de libertad, con el objeto de entregar una respuesta adecuada del sistema, alejada del encierro. En este sentido, la SRSGVAC (2013, pp. 29-30) señala que las medidas restaurativas ayudan a prevenir el estigma del proceso criminal y los efectos negativos de la privación de libertad. La justicia restaurativa ofrece así una perspectiva adecuada para enfrentar la violencia que sufren los niños a manos del sistema de justicia criminal. Es por esta razón que, desde una perspectiva restaurativa, los sistemas de justicia juvenil deben favorecer las medidas o sanciones no privativas de libertad e integrar en su implementación fines que se alejen de la pura retribución e integren elementos de reparación orientados a la responsabilización y reinserción.

Ahora bien, el sistema de sanciones contemplado en la Ley N° 20.084 contiene aspectos distintivos para los adolescentes, principalmente la incorporación de sanciones especiales y sus finalidades. Con todo, el sistema de determinación de sanciones descansa fuertemente en el Código Penal y otras leyes especiales que contemplan el régimen sancionatorio para los adultos, aunque atenuado. Así, tanto la extensión de la pena como el marco dentro del cual el juez puede escoger la sanción específica a imponer al adolescente, se definen en gran parte de los casos en referencia al sistema de adultos.

La nueva legislación sí integra un elemento especial en relación al cumplimiento de las sanciones, a través de un sistema de revisión acorde con fines de reintegración social. Así, se incorpora la posibilidad de sustitución de una sanción por otra menos gravosa (artículo 53), como también la remisión del cumplimiento de saldo de condena, cuando existen antecedentes que permitan considerar que se ha dado cumplimiento a los objetivos de la sanción (artículo 55). En este espacio podrían desarrollarse procesos de justicia restaurativa, cuyos resultados pudieran ser tomados en cuenta por el tribunal a la hora de tomar estas decisiones.

Sin embargo, es importante destacar desde ya que tal como fue aprobado, e independientemente de las falencias en su implementación, el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, desde el punto de vista de su sistema sancionatorio, no estableció un sistema decididamente independiente o especializado ni con una clara orientación de objetivos, lo que sí existía en los primeros borradores de la legislación. Desde la perspectiva restaurativa es importante destacar que muchos de los problemas que ha presentado el sistema sancionatorio en la actualidad se deben, nuevamente, a este abandono de la especialidad en la formulación definitiva de la Ley N° 20.084, fundamentalmente en lo que dice relación con que la LRPA se alejó de incorporar un sistema de razonamiento autónomo, orientado al cumplimiento de los fines especiales de la ley y se acercó a la lógica retributiva del sistema penal. Asimismo, como ya se ha dicho, los actores del sistema no cuentan ni con la especialización suficiente, ni con la información adecuada que les permita tomar

decisiones más informadas acerca de la sanción más idónea para el adolescente. En este escenario, todo el sistema de adjudicación de responsabilidad debería revisarse en orden a incorporar los elementos de especialización adecuados. Especialmente, debería considerarse perfeccionar la cesura del debate en el sistema penal juvenil, para que la instancia donde se discuta sobre la sanción específica a imponer al adolescente no se realice a continuación del veredicto condenatorio, como establece el Código Procesal Penal, sino en un momento posterior, que permita disponer al juez y a los intervinientes de la información necesaria para tomar la mejor decisión sobre la sanción a imponer, tomando en cuenta que ella debe ser individualizada y propender al desarrollo del adolescente. De esta forma, por ejemplo, podría dictaminarse la realización de un proceso restaurativo, si las partes acceden, el que pueda luego ser valorado en debate sobre la determinación de la sanción.

En lo que se refiere a las sanciones en particular, la Ley N° 20.084 contempla una serie de sanciones no privativas de libertad, las que tienen un potencial restaurativo. Entre ellas, se pondrá especial atención en la sanción de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño, por representar los escenarios más adecuados a la implementación de procesos y resultados restaurativos. Así, aunque la opción restaurativa tiende a la desjudicialización y la evitación de la imposición de una condena, igualmente propone criterios de ejecución de sanciones para que las mismas cumplan un fin más cercano a la reparación y se alejen de la mera retribución.

5.1 Sanción de servicios en beneficio de la comunidad

A nivel comparado, se aprecia que esta sanción puede tener un potencial restaurativo, pero deben cumplirse requisitos específicos para que ello sea así. De lo contrario, también puede implementarse con fines retributivos (Sherman y Strang, 2007). Así, Dünkel y otros autores (2015, p. 223), luego de una revisión de prácticas restaurativas en el marco de la justicia juvenil en el continente europeo, concluyen que, en términos generales, los servicios comunitarios en la justicia juvenil, ya sea que se implementen como sanción o bien como un mecanismo de remisión, cumplen en general con objetivos retributivos, más que reparativos o restauradores. Así, señalan, si se acude a una definición amplia de justicia restaurativa, como aquella que contiene algún tipo de reparación a la comunidad, esta sanción podría considerarse restaurativa. Sin embargo, en una definición más estricta, que involucre la participación activa de las partes en un proceso destinado a reparar significativamente el daño, casi ningún programa de servicio comunitario cumple con esta exigencia. Pese a ello, señala el estudio, “los efectos reintegradores que puede ofrecer trabajar para instituciones humanitarias o de beneficencia, personas necesitadas o instituciones de caridad, especialmente para jóvenes ofensores, ligado al hecho de que la comunidad recibe a cambio una reparación, permite clasificar a los servicios comunitarios como una

medida de gran potencial restaurativo y reparador, siempre y cuando se implemente de manera adecuada, por las razones adecuadas” (Dünkel et al., 2015, pp. 202-203). Estas correctas razones dicen relación especialmente con situar a los servicios comunitarios como una efectiva alternativa al encierro.

Es importante señalar que en el contexto internacional, los servicios en beneficio de la comunidad se introdujeron justamente como una sanción intermedia, con el fin de sustituir la privación de libertad. Así, por ejemplo, en Inglaterra, tal como señala Young (1979), la sanción de servicios comunitarios se introdujo en 1972 (*Criminal Justice Act 1972*) en el sistema de justicia penal de adultos para delitos sancionados con prisión, excluyendo solo al homicidio. Asimismo, en una evaluación llevada adelante por Rex y otros autores (2002, p. 73) sobre la implementación de programas de servicios comunitarios en algunas áreas de Inglaterra, se constató que de la muestra de ofensores, la mayoría presentaba factores de riesgo altos o medios, y solo un 17% mostraba bajos factores de riesgo.

Por su parte, las formas adecuadas implican potenciar los valores restaurativos en la ejecución de esta sentencia, fomentando procesos restaurativos en su ejecución. Así, en el caso de delitos sin víctimas se podría incorporar un proceso restaurativo que integre al joven ofensor y la comunidad, en el que se reflexione sobre el daño que esta última sufrió producto de la comisión del delito, “lo que podría proveer de un mayor potencial restaurativo para los ofensores y fomentar mayor cohesión en la comunidad en mayor medida que recoger basura en uniformes de neón” (Dünkel et al., p. 224). Asimismo, pueden integrarse encuentros entre víctima y ofensor, cuyo resultado sea un trabajo a favor de la víctima, comúnmente acordado. Es relevante, así, incluir en la ejecución de esta sanción un contenido ético y social, generar un espacio en que el adolescente perciba la utilidad de su actividad, como asimismo integrar un proceso de reflexión y de soporte que le permita al joven cumplir con la sanción (Vásquez, 2015, p. 60).

En el contexto chileno, Díaz (2010) señala que los adolescentes que prestaron servicios en beneficio de la comunidad –en el marco del trabajo de la Corporación Opción, institución colaboradora de SENAME– que fueron sensibles a las características de los jóvenes –intereses, habilidades, capacidades, etc. – y de alta base comunitaria, presentaron muchas más posibilidades de cumplir con los fines de la intervención y completar la sanción que aquellos que realizaron tareas de bajo contenido comunitario –como labores administrativas o reparación de infraestructura pública– o bien, no se involucraron en la definición del trabajo a realizar. Díaz concluye que las características y el contenido de la sanción son elementos determinantes para las posibilidades de cumplimiento de la sanción y sus fines, resultados que son coincidentes con la evidencia internacional.

a) Regulación Ley N° 20.084: Prestación de Servicios en beneficio de la comunidad

La sanción de servicios en beneficio de la comunidad está regulada en el artículo 11 de la LRPA, que establece que la sanción consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se indica que los trabajos no pueden exceder de cuatro horas diarias y deben ser compatibles con la actividad educacional o laboral del adolescente. La extensión mínima de la sanción es de 30 horas y la máxima de 120. Esta sanción requiere del acuerdo del condenado para ser impuesta. Por su parte, los servicios en beneficio de la comunidad pueden determinarse cuando el máximo de la extensión de la sanción equivale a tres años de privación de libertad, por lo que apunta a una criminalidad de menor o mediana gravedad.

En Chile, los servicios en beneficio de la comunidad son una sanción con un alto grado de utilización en el sistema de la Ley N°20.084. Así, de acuerdo a cifras de SENAME (2012), durante los cinco primeros años de implementación de la LRPA, la sanción de servicios en beneficio de la comunidad fue la más decretada, con un promedio de 41,5%.²⁸ Por su parte, la tasa de ocupación de los programas que las implementan ascendía al 130% a comienzos del año 2012. Sin embargo, la sanción ha presentado innumerables problemas en relación a su cumplimiento, acumulando una gran cantidad de quebrantamientos, cuestión que ha levantado una transversal preocupación acerca de la falta de cumplimiento de los fines asociados a la sanción. Ello puede estar asociado a problemas de diseño legal, especialmente en lo que dice relación con el rango de gravedad de los delitos en que se aplica, por lo que tiende a ser percibida como una sanción muy gravosa en relación a la libertad asistida. También se han detectado tensiones entre la visión de los actores judiciales y las instituciones que están a cargo de implementarlas, sobre los fundamentos y requerimientos con que las mismas se deberían llevar adelante²⁹. Asimismo, también existen problemas en su ejecución, en especial en relación al contenido del tipo de trabajo que realizan los jóvenes y a la falta de supervisión, además de la alta tasa de ocupación.

Todo ello llama a una revisión del diseño y de la implementación de la sanción, especialmente en lo que tiene que ver con consensuar el contenido de la misma, el que tal como se ha señalado, no es indiferente en orden a proyectar su cumplimiento y asegurar los fines de la LRPA.

28 El porcentaje total corresponde a promedio de: 28,6% en 2007; 29,7% en 2008; 39,7%, en 2009; 49,3% en 2010; y 48,3% en 2011.

29 Estas tensiones quedaron en evidencia en una serie de entrevistas que realizó la autora, a propósito de la implementación de esta sanción durante los dos primeros años de vigencia de la ley.

Recomendaciones

- Ampliación del rango legal para el uso de los trabajos comunitarios, para que sean efectivamente una alternativa a la prisión. En este caso, pueden decretarse proporcionalmente más horas de trabajos, hasta llegar al límite legal.
- Que el adolescente forme parte de la toma de decisión acerca del trabajo específico que va a realizar, el que debe, preferentemente, tener un contenido que sea significativo para el adolescente.
- Fomento de la participación de la familia y demás personas significativas en el proceso de definición y cumplimiento del trabajo que realizará el adolescente, con el objeto de facilitar el apoyo necesario para que éste sea cumplido en la debida manera.
- Participación y supervisión permanente del delegado encargado, el que debe realizar un seguimiento de la sanción, a objeto de entregar el apoyo necesario para su cumplimiento, como asimismo identificar y solucionar problemas que surjan a propósito de la ejecución del trabajo.
- Vinculación del adolescente con una persona específica del lugar donde se realiza el trabajo.
- Integración de la comunidad en procesos restaurativos en los que el adolescente pueda confrontar las consecuencias de su acción frente a la misma y acordar un trabajo que se oriente a repararla. Es relevante que la comunidad sea parte del proceso, tomando conocimiento de lo que el joven hace, pues el sentido del servicio comunitario, desde una perspectiva restaurativa, dice relación con la reparación del adolescente, a través de su trabajo, hacia esa comunidad.
- Coordinaciones permanentes de la/las institución/es encargadas de la ejecución con instituciones humanitarias, de beneficencia o de caridad, en las que el adolescente pueda realizar un trabajo significativo de reparación, que se ajuste a las necesidades específicas del adolescente y que se aleje de funciones administrativas, aseo, etc., sin un contenido significativo de reparación o de vinculación a la comunidad.

5.2 Reparación del daño

La Ley N° 20.084 incorporó dentro de su catálogo de sanciones la reparación del daño a la víctima. Con ello, se introduce por primera vez en Chile una sanción de contenido eminentemente reparatorio. La sanción está contenida en el artículo 10 de la LRPA, en los siguientes términos: “La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en

su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado o de la víctima.”

Además, las orientaciones técnicas del SENAME del año 2007 dispusieron que esta sanción debía ser llevada adelante principalmente a través de procesos de mediación a cargo de las instituciones colaboradoras que ganaran los procesos de licitación pública al efecto. En una versión posterior (SENAME, 2012a), señalan las orientaciones técnicas que “se entiende la reparación a la víctima como una forma de responsabilización del/la adolescente, que puede tener un sentido restaurativo en la medida que exista un proceso que ponga acento en la posibilidad de encuentro entre el/la adolescente ofensor y la víctima, que permita el reconocimiento del daño hacia terceros como del deterioro de los lazos sociales, y la construcción de acuerdos que dé cabida a actos reparatorios por parte del/la adolescente”. La intervención puede estar o no asociada a un proceso restaurativo –en la medida en que la víctima quiera o no participar–, el que amplía también a conferencias o círculos de sentencia (SENAME 2012a, p. 5), aunque no exige una formación específica para el delegado que llevaría adelante los procesos.

La sanción de reparación del daño a la víctima se encuentra prácticamente inutilizada y ello se justifica en diversas variables. Díaz (2010) señala que las razones más probables que explicarían el escaso uso de la mediación en el contexto de la sanción de reparación del daño en la LRPA serían que la ley no contempló plazos ni procedimientos especiales para la realización de estos procesos restaurativos, que no se establecen mecanismos que permitan a los jueces saber cuál es el tipo de reparación que la víctima desea recibir y si el joven tiene o no medios económicos para reparar. El hecho de que la reparación sea impuesta como una “obligación/sanción”, por su parte, desconoce el potencial restaurativo de la misma; y el que la LRPA no haya establecido un procedimiento restaurativo para acordar la reparación, con la participación de la víctima, ayuda a comprender su escaso uso. Asimismo, si las partes están interesadas en la reparación, parece mucho más eficaz tomar el camino de un acuerdo reparatorio –si el delito lo permite–, que llevar adelante un juicio para terminar decretando la reparación. En este contexto, la intervención de los delegados de SENAME no solo llega tarde, sino que generalmente complejiza la ejecución de la sanción. Además, la LRPA restringe el tipo de reparación a una prestación en dinero, la restitución de la cosa, o el trabajo a favor de la víctima (si ésta consiente en ello, junto con el ofensor), excluyendo formas de reparación que a nivel comparado son atractivas en el contexto de los programas restaurativos, como las disculpas o el compromiso del adolescente a desarrollar alguna actividad que lo beneficie a él/ella o la comunidad. Por último, el rango de penalidad en el que puede decretarse la sanción es muy leve, esto es, como máximo cuando la extensión de la pena alcance 540 días de privación de libertad.

Una sanción de reparación del daño podría cumplir fines restaurativos y ofrecer un espacio interesante para el desarrollo de la justicia restaurativa, pero requiere de modificaciones importantes.

Recomendaciones

- Incorporación de una regulación no taxativa de formas de reparación del daño en la legislación.
- Fomento del desarrollo de un proceso restaurativo entre víctima y ofensor antes de determinar el contenido específico de la reparación.
- Ampliación del rango de penalidad en que puede decretarse una sanción de reparación.

6. Incorporación de la posibilidad de derivación a procesos restaurativos en todas las etapas del procedimiento

La justicia restaurativa, como principio, pone en el centro del proceso al ofensor y la víctima, bajo el entendido de que el conflicto causado por el delito debe ser manejado privilegiadamente por ellos, quienes son los directamente involucrados en él. A su vez, como proceso, la justicia restaurativa propone medios que faciliten el encuentro entre ofensor y víctima y eventualmente otras personas significativas para ellos, con el objeto de arribar a una solución de consenso y de contenido reparador.

Estos mecanismos deben insertarse adecuadamente durante todo el proceso de justicia penal juvenil, tanto en el espacio pre judicial como durante el procedimiento, o bien como parte del contenido de una sanción específica³⁰.

Chapman (2015, p. 16) señala que la legislación que incorpore procesos de justicia restaurativa puede ser permisiva u obligatoria. En el primer caso, la ley deja la decisión de derivar a un proceso restaurativo al fiscal o al juez, mientras que la segunda le deja la opción sobre participar o no en un proceso restaurativo al ofensor y a la víctima. Afirma el autor que, si bien es cierto que la obligación de derivar casos a procesos restaurativos enfrenta generalmente una resistencia considerable de parte de los actores que intervienen en el sistema de justicia criminal, la evidencia indica que si un país busca ubicar la justicia restaurativa en el centro de su sistema de justicia juvenil, con una legislación que obligue a proponer una derivación a un procedimiento

restaurativo, es la mejor manera de asegurar que ellas se efectúen –tal como lo demuestran los casos de Nueva Zelanda, Irlanda del Norte y Bélgica.

Ahora bien, una legislación que permita integrar estos procedimientos restaurativos al interior del sistema de justicia penal juvenil debe hacerse cargo de los aspectos que se señalan a continuación.

En primer lugar, tal como se menciona en el apartado número II de los Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal (2002), en cualquier etapa del sistema de justicia penal en que se utilicen procesos restaurativos, debe haber prueba suficiente para inculpar al ofensor, y tanto éste como la víctima deben consentir de manera libre y voluntaria en ello. Asimismo, el ofensor debe tener la posibilidad de abandonar el proceso restaurativo y optar por el procedimiento tradicional si lo estima conveniente. Para la justicia restaurativa la participación activa del ofensor en el procedimiento es central, así “uno de los objetivos más importantes del procedimiento es que el ofensor acepte su responsabilidad en el delito, idealmente se disculpe y se elabore un plan para reparar y superar la situación” (Mera, 2009, p. 189). Un ofensor que no accede a participar ni se mantiene en el proceso de manera libre, no debería participar en un proceso restaurativo. Especialmente en el caso de los adolescentes, es esencial contar con mecanismos que aseguren que la participación en el proceso restaurativo sea libre y voluntaria, que entiendan lo que conlleva y las consecuencias de su aceptación. En este orden, el párrafo 13 de los “Principios Básicos” señala que la víctima y el ofensor deben tener derecho a consultar asesoría legal en relación a los procesos restaurativos y que los menores de edad tienen el derecho de asistencia de los padres o un tutor. Asimismo, deben ser informados de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión, y no deben ser coaccionados para participar.

En la evaluación del programa piloto de implementación de conferencias restaurativas en Belfast, se detectó que un 25% de los jóvenes habían aceptado participar porque sentían que debían hacerlo y no porque realmente quisieran (Beckett et al., 2004, p. 11). Es por esta razón que debe asegurarse un adecuado asesoramiento legal del adolescente antes de entregar su consentimiento de acceder a un proceso restaurativo.

Un asunto distinto es la participación de los abogados en el proceso restaurativo, lo que en general se desalienta en el contexto de la justicia restaurativa. Tal como señala Braithwaite (2002, p. 565), “parte de la idea de la justicia restaurativa es trascender el legalismo adversarial y alentar a los interesados a hablar por sí mismos en vez de hacerlo a través de un portavoz que pueda tener interés en polarizar el conflicto”. Ello no quiere decir que abogados no puedan ser consultados durante el proceso, pero su participación no debe sustituir la participación directa del adolescente en el proceso restaurativo (Mera 2009, pp. 193-194)

Ahora bien, otro aspecto crítico en relación a determinar en qué circunstancias corresponde derivar un caso a un proceso restaurativo es el que dice relación con el tipo de delito o criminalidad susceptible de participar en procesos de esta naturaleza. Muchas jurisdicciones han optado por restringir las prácticas restaurativas a criminalidad de menor gravedad o a primerizos. Ello, no obstante la investigación comparada ha afirmado constantemente que los procesos restaurativos son más efectivos en criminalidad de mayor gravedad. Ahora bien, la razón que generalmente explica que los procesos restaurativos tengan más efectividad cuando se trata de delitos de mayor gravedad, tiene que ver con el factor emocional que envuelve ese tipo de criminalidad y el potencial reparador de un encuentro restaurativo en ese contexto, en comparación con la respuesta del sistema de justicia tradicional. Así, Sherman y Strang (2007, p. 70) señalan que la base emocional en este tipo de delitos se relaciona con el remordimiento del ofensor por haber dañado a la víctima, especialmente cuando se puede identificar con ella. Esta empatía que genera el ofensor también estaría asociada a una menor reincidencia en el futuro (Rossner, 2013).

Tal como señala Chapman (2015, p. 11), países que han optado por modelos de justicia juvenil restaurativos fuertes, como Irlanda del Norte, no restringen de antemano la posibilidad de participar en un proceso restaurativo en atención a la gravedad del delito o a la cantidad de contactos previos del joven con el sistema. Incluso se incluyen casos de abuso sexual o violencia doméstica, en el entendido de que si son llevados adelante con sensibilidad y profesionalismo pueden dar una respuesta muy satisfactoria al conflicto. Así, afirma el autor, existe una extensa evidencia que sugiere que no hay tipos de delitos o de ofensores que no puedan participar de manera efectiva en un proceso restaurativo, lo que indica que la decisión acerca de qué tipo de criminalidad incluir en un proceso restaurativo tiene más relación con decisiones de política criminal de cada estado, que con la efectividad de la intervención³¹.

La experiencia internacional demuestra, a su vez, que los países con menos restricciones en este sentido son más capaces de instalar la lógica restaurativa en todo el sistema de justicia penal juvenil.

Ahora bien, sí puede existir una diferenciación en cuanto a la respuesta jurídica definitiva asociada a algún tipo de criminalidad. Por ejemplo, en un caso de un delito violento, que requiera de un proceso restaurativo complejo y el seguimiento de un plan de reparación que exija seguimiento en el tiempo, puede preferirse una salida alternativa como la suspensión condicional del procedimiento, que permite una mayor supervisión. Ello, sin embargo, no excluye de antemano

31 Un ejemplo claro de ello lo constituye en nuestro contexto el camino que tuvieron los acuerdos reparatorios en el debate de la Ley N° 20.084, los que comenzaron siendo regulados de una manera muy amplia en el proyecto presentado en 2002, para luego mantener la regulación restrictiva del Código Procesal Penal, justamente por razones de política criminal, esto es, por considerar que de permitirse en delitos de mayor gravedad, se daría una señal de impunidad.

la posibilidad de que el ofensor participe en un proceso restaurativo junto con la víctima para arribar a un determinado acuerdo de reparación.

Recomendaciones

- Incorporación en la LRPA de una disposición que indique que el Ministerio Público y el juez deben proponer la opción restaurativa a las partes, cuando ello corresponda y sea posible, y derivar los casos a estos procesos para que las partes luego decidan de manera voluntaria si optarán por participar.
- Que la legislación no restrinja de antemano algún tipo de criminalidad y/u ofensor, sino que más bien permita que se evalúe en el caso concreto, desde la perspectiva del conflicto y de los intervinientes, si conviene que un determinado caso sea derivado a un proceso restaurativo.
- Muy especialmente se recomienda que los programas de justicia restaurativa no se confinen a delitos de menor gravedad, pues en estos casos los efectos de este tipo de programas restaurativos son menos eficaces y, en muchas ocasiones, la mejor respuesta del sistema será la no intervención. De ser así, la justicia restaurativa puede correr el riesgo de ampliar la red de control del sistema penal y no, en cambio, ofrecer vías de solución de conflicto alternativas a éste.

7. Necesidad de incorporar el uso de procesos restaurativos en la legislación

Si bien es cierto que son innumerables las prácticas restaurativas que se comienzan desarrollando exitosamente en muchos países antes de establecer un marco legal específico, de acuerdo a la SRSGVAC (2013, p. 36), la falta de legislación genera riesgos en relación a resguardar los derechos de los niños e introduce un factor de inseguridad en cuanto a la implementación y sostenibilidad de los programas, impidiendo garantizar una ejecución regular y consistente de procesos restaurativos, o incluso arriesgando el abandono como resultado del cambio de percepciones políticas o sociales.

De acuerdo al Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas (2006, p. 50), cuando se intenta transformar radicalmente el sistema de justicia en relación a determinados ofensores, como es el caso de la justicia juvenil, establecer un nuevo marco legal se considera necesario para instalarlo. Además, ello le asigna legitimidad a los procesos y programas restaurativos. Este último elemento es muy relevante, pues generalmente sin un marco legal que los avale, los procesos de justicia restaurativa pueden verse dificultados por la falta de derivaciones

de casos por parte del sistema de justicia. Así, de acuerdo al citado manual, este aspecto es el talón de Aquiles de la mayoría de los proyectos que intentan introducir programas de justicia restaurativa, justamente porque se desestima el peso de la discrecionalidad de los diferentes actores del sistema judicial (Naciones Unidas, 2006, p. 72).

Fonseca y Bolívar (2015, p.152) argumentan que –a pesar de algunos desarrollos en la práctica, un creciente interés académico y algunas declaraciones regionales que promueven el uso de la justicia restaurativa en América Latina– las prácticas restaurativas “han sido incapaces de desafiar las tradicionales estructuras de la justicia criminal, sus definiciones y su lenguaje”, razón por la cual la justicia restaurativa no ha podido traspasar el espacio de delitos de menor gravedad, generalmente como un añadido al sistema existente.

En este sentido, Sherman y Strang (2007, p. 23) ejemplifican la situación de una manera muy lúcida. Refiriéndose a los problemas que han enfrentado los programas de justicia restaurativa en el Reino Unido, identifican como uno de los principales la falta de sustento legal. Señalan que, incluso cuando el *Lord Chancellor* en persona ha solicitado a los tribunales que deriven casos antes de la condena, no lo han hecho. Las víctimas envían cartas para invitar a los jueces a participar en paneles, pero no lo hacen. Se ha solicitado a los fiscales que deriven casos para efectos de *diversion* a un programa restaurativo, pero no lo hacen. Se les ha pedido a los magistrados que demoren la imposición de la sentencia para que anteriormente pueda tener lugar una conferencia restaurativa, pero no lo hacen. La excepción ha sido Irlanda del Norte, sin embargo, donde, a diferencia de Inglaterra y Gales, existe un cuerpo legal sobre justicia restaurativa y se realiza una constante derivación de casos a conferencias restaurativas, como establece la regulación. Concluyen los autores que solo a través de un reconocimiento legal los programas de justicia restaurativa pueden ser implementados exitosamente dentro del sistema de justicia criminal.

La experiencia internacional sugiere que todos los países donde se han desarrollado modelos restaurativos de justicia juvenil han regulado e incluido en la ley estos procesos y las oportunidades de derivación.

Como se ha señalado anteriormente, el sistema de la Ley N° 20.084 dista mucho de ser especializado y ha operado con la lógica adversarial del sistema de adultos. Además, el país no cuenta con una aplicación asentada de prácticas de justicia restaurativa en relación a sus pueblos originarios, o un desarrollo relevante de programas de justicia comunitaria. Asimismo, como señala Díaz (2010, p. 56) al revisar la experiencia de mediación penal en Chile, se puede concluir que no ha habido una política pública de justicia restaurativa y que el asomo de una política a propósito de la ejecución de algunas sanciones en el contexto de la LRPA no ha sido ni firme ni clara. Destaca,

además, que los intentos que se han llevado a cabo desde la sociedad civil para implementar programas de mediación penal han tenido muchos problemas para interactuar de manera efectiva con los actores del sistema penal con el fin de que deriven casos.

Ello hace más evidente la necesidad de contar con un reconocimiento legal de las prácticas restaurativas e insertarlas dentro del proceso penal para que puedan encontrar el espacio necesario para desarrollarse y desafiar los fundamentos del actual sistema. Esta legislación puede implementarse de manera gradual, con el objeto de evaluar y perfeccionar el desempeño de los programas, pero es recomendable que se fije una fecha para la obligatoriedad de la instalación de los programas a nivel nacional.

8. Diseño de una institucionalidad que organice y/o provea procesos de justicia restaurativa

Por último, en orden a implementar un sistema de justicia juvenil de tipo restaurativo, es necesario que se incorpore también una institucionalidad que sea capaz de llevar adelante estos procesos, de acuerdo a un modelo de intervención que pueda ser ejecutado con estándares pre-establecidos y evaluables. En esta sección se incorporan elementos que deberían evaluarse en el diseño de una futura institucionalidad.

8.1 Ubicación institucional de los programas restaurativos

La revisión de la experiencia comparada en relación a la instalación de programas de justicia restaurativa muestra una enorme diversidad. Dünkel y otros autores (2015, p. 204), refiriéndose al contexto europeo, señalan que existen muchas diferencias en relación a los procedimientos para hacer derivaciones, los servicios que llevan adelante los procesos restaurativos, el grado de cobertura, etc. Asimismo, que hay muy poca uniformidad en relación a la agencia o institución responsable de proveer los servicios e infraestructura de mediación. Así, pueden ser llevados adelante por ONGs (Bélgica), servicios de libertad asistida (Austria, República Checa, etc.), servicios sociales (Finlandia), a cargo de privados (Holanda), o una mezcla de los anteriores (Alemania).

Es relevante destacar que los países que han implementado un modelo de justicia juvenil propiamente restaurativo –Nueva Zelanda e Irlanda del Norte– han incluido instituciones y funcionarios estatales encargados de llevar adelante las conferencias restaurativas (*Youth Justice Co-ordinators, que integran los Youth Offending Teams en Nueva Zelanda y Youth Conferencing Service en Irlanda del Norte*).

En el contexto nacional, Díaz (2010) revisa algunas experiencias de mediación penal que también muestran diversidad. Aunque son escasos, ha habido procesos de mediación penal llevados adelante por equipos de mediación en universidades, centros de mediación de la Corporación de Asistencia Judicial y centros de mediación privados. Estos procesos generalmente se han enmarcado en el ámbito legal de los acuerdos reparatorios.

SENAME, por su parte, incluye en las orientaciones técnicas para sus instituciones colaboradoras, la mediación penal juvenil, conferencias y círculos de sentencia en el marco de la ejecución de la sanción de reparación del daño, aunque, como se vio, esta sanción se encuentra prácticamente en desuso y, por lo demás, estas orientaciones no establecen ningún estándar de implementación de estos mecanismos, de formación de los delegados (facilitadores), de evaluación de prácticas, etc.

Aquí es interesante destacar la experiencia ensayada por SENAME el año 2003 en diversas regiones, previa a la puesta en marcha de la Ley N° 20.084, al implementar Programas de Medidas Reparatorias que incluían la reparación a la víctima y el servicio en beneficio de la comunidad, con la idea de pilotear modelos para luego establecer un estándar general de intervención en el marco de las salidas alternativas y las sanciones con contenido reparatorio (Couso y López, 2005). Estas mediaciones debían ser llevadas adelante por organizaciones privadas sin fines de lucro, colaboradoras de SENAME. Aunque la iniciativa no se convirtió luego en política con la implementación de la LRPA, es interesante destacar algunas conclusiones que dejó la puesta en marcha de la experiencia, como, por ejemplo, la importancia de la etapa de entrevistas individuales con las partes previa a la mediación; la relevancia de involucrar a los padres del adolescente en el proceso para así comprometerlos a brindar el apoyo necesario para que el joven cumpla los compromisos a los que se llega tras el proceso de mediación; la importancia de identificar de manera temprana aquellos factores que puedan obstaculizar el éxito del proceso –daño psico-social o consumo problemático de drogas, por ejemplo– para adoptar las estrategias adecuadas, por ejemplo, brindar apoyo psico-social; y, por último, en relación a la víctima, la importancia de comunicarse directamente con ésta, evitando intermediarios.

Tomando en cuenta la institucionalidad del país, la escasa experiencia de mediación penal ofrecida desde la sociedad civil y la futura creación de un Servicio de Reinserción Social, parece recomendable la creación de una Unidad Nacional de Justicia Restaurativa dentro del nuevo Servicio, que además tenga representación regional o local. Esta unidad debería estar encargada de, por ejemplo:

- Diseñar y evaluar procesos de intervención.
- Establecer estándares de mejores prácticas basados en la evidencia.

- Evaluar el desempeño de los programas en base a los estándares pre-establecidos, incorporando elementos que evalúen la calidad de la intervención, más allá de aspectos relativos a la gestión.
- Seleccionar las instituciones que llevarán adelante los procesos restaurativos o, bien, ejecutar directamente estos procesos a través de facilitadores contratados directamente.
- Impulsar y ejecutar un proceso de formación continua para quienes intervienen en los procesos restaurativos.
- Promover la capacitación de otros actores que intervienen en el proceso penal. Idealmente deberían implementarse capacitaciones de carácter interinstitucional, con el objeto de permear a todos los intervinientes de los valores y modos de intervención de la justicia restaurativa.
- Asegurar cobertura nacional para la provisión de procesos restaurativos.

Asimismo, tal como señala el Manual de Naciones Unidas (2006, p. 75), es fundamental que se suscriban protocolos interinstitucionales que guíen diversos aspectos sobre cómo se implementarán estas intervenciones, como, por ejemplo, los criterios de selección de casos, los procedimientos a seguir para la derivación, la solución legal asociada al resultado restaurativo, entre otros.

Por otra parte, es indispensable que la Unidad impulse el desarrollo de estrategias interinstitucionales con el fin de buscar colaboración y convenios con otras instituciones del Estado, a fin de que puedan ofrecer el apoyo social, educacional o de salud que requieran los adolescentes, tanto para cumplir con sus compromisos de reparación como para lograr los fines educativos y de reinserción del sistema. Los procesos restaurativos son espacios privilegiados para abordar, por ejemplo, el consumo problemático de drogas cuando está relacionado con la comisión del delito, por lo que, en este contexto, el joven puede comprometerse y obtener el apoyo necesario para iniciar un proceso de rehabilitación con el debido apoyo de las instituciones estatales.

De igual forma, el sistema de justicia penal juvenil debe relacionarse adecuadamente con el sistema de protección, por lo que una Unidad de Justicia Restaurativa podría cumplir un rol relevante en esta misma articulación, por ejemplo, en casos que se deriven en el contexto de *diversion* del sistema o que requieran de un apoyo familiar más intenso.

Ahora bien, es conveniente que las instituciones que sean seleccionadas para ofrecer los procesos restaurativos, los tengan como un objetivo principal o prioritario. En este sentido, Sherman y Strang (2007, p. 36) señalan que en Inglaterra, por ejemplo, la dificultad de conseguir casos para que sean derivados a un proceso restaurativo está íntimamente relacionada con la estrategia de “agregar” la misión de llevar adelante procesos restaurativos a organizaciones que ya tienen su

capacidad de trabajo copada. Por el contrario, cuando un equipo recibe financiamiento específico para llevar adelante estos procesos, la derivación y captación de casos suelen ser más fluidas y exitosas. Un ejemplo de ello, en nuestro contexto, lo pueden constituir los programas que implementan las sanciones de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño. Como se señaló anteriormente, mientras la sanción de servicios en beneficio de la comunidad tiene su capacidad sobrepasada, los equipos casi no reciben adolescentes condenados a reparación. Ello inevitablemente orienta al equipo a enfocarse en una sanción y no en la otra. Si se constituyeran equipos específicos para la implementación de la sanción de reparación quizá podrían orientarse a promocionar el servicio, establecer acuerdos interinstitucionales, sensibilizar a los actores judiciales, etc., en orden a fomentar el uso de la sanción.

En relación al tipo de proceso restaurativo que sería recomendable implementar, existe una variedad de alternativas. Por una parte, la mediación víctima-ofensor representa un modelo más cercano a nuestra cultura legal y a la práctica de resolución alternativa de conflictos en el país. Por su parte, las conferencias restaurativas tienen la ventaja de incluir, además del adolescente y la víctima, a otras personas relevantes, tanto familiares como miembros de la comunidad o de servicios sociales, quienes pueden apoyar el proceso de responsabilización y cumplimiento de la reparación acordada en el proceso. La experiencia internacional indica, por su parte, que los países que incluyen la justicia restaurativa como un elemento central de su diseño institucional han optado progresivamente por incluir el modelo de conferencias, ya que constituye un escenario más propicio para el logro de los fines del sistema. Es fundamental, sin embargo, que el modelo que se adopte incorpore el encuentro directo –cara a cara– entre ofensor y víctima, ya que éste configura un elemento central de un proceso restaurativo y además ofrece mejores oportunidades para el logro de sus objetivos.

Independientemente del sistema que se adopte, es esencial que se integren los siguientes elementos:

- Voluntariedad en la participación de las partes para acceder al proceso y en todo momento antes de su término.
- Incorporación de estrategias que faciliten que tanto víctima como ofensor expresen sus perspectivas y emociones, de manera directa y en un ambiente seguro.
- Inclusión de la posibilidad de que el ofensor se disculpe por sus acciones.
- Inclusión de la participación de los padres, tutores u otras personas significativas para el adolescente en el proceso restaurativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aertsen, I. y Dünkel, F. (2015). "Belgium", *Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe. Snapshots of 28 EU Member States*, International Juvenile Justice Observatory.
- Bazemore, G. y Umbreit, M. (2003). "A comparison of four restorative conferencing models", en Johnston, Jerry (Editor) *A Restorative Justice Reader. Texts, sources, context*. Willan Publishing, Oregon, USA.
- Beckett, H., O'Mahony, D., Doak, J., Campbell, C. & Jackson, J. (2004). *Interim Evaluation of the Northern Ireland Youth Conferencing Scheme*. Research and Statistical Bulletin 1/2005. Belfast: Northern Ireland Office.
- Berríos, G. (2011). "La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes como sistema de Justicia: Análisis y propuestas", *Polít. crim.* Vol. 6, Nº 11, Art. 6, pp. 163-191.
- Bolívar, D. (2011). "La víctima en la justicia restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social", en Olaizola, I. y Francés, P. (Editores), *Justicia Restaurativa y Mediación*. Ediciones Universidad Pública de Navarra, España.
- Bustos, J. (2007). *Derecho Penal del Niño-Adolescente (Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente)*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago-Chile.
- Braithwaite, J. (2003). "Does Restorative Justice Work?" en Johnstone, Jerry, *A Restorative Justice Reader*, Willan Publishing, Oregon, USA.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Inglaterra.
- Carswell, S. L., O-Hinerangi, M., Gray, C., & Taylor, A. (2013). *Evaluation of Family Group Conference Practice and Outcomes – Scoping Phase. Commissioned by Office of the Chief Social Worker, Child, Youth and Family Services*, Wellington.
- Cillero, M. y Bernales, M. (2002). "Derechos Humanos de la Infancia/Adolescencia en la Justicia 'Penal de Menores' de Chile: Evaluación y Perspectivas" *Revista de los Derechos del Niño* (Nº1), Programa de Derechos del Niño de la Universidad Diego Portales y UNICEF.
- Chapman, T. (2015). *Toolkit for professionals: Implementing a European Model for Restorative Justice with Children and Young people*, disponible en <https://mail.google.com/mail/u/0/#search/ijjo/15469f27315e9144?projector=1&messagePartId=0.8>
- Comité Evaluación de la Ley OCDE/Cámara de Diputados de Chile (2015). *Informe Ejecutivo Evaluación de la Ley N°20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*.

- Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (2013). "Informe recaído en la evaluación de la aplicación de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en sus cinco primeros años de vigencia" *Boletín N°S 1.555-14*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría de los Derechos de la Niñez (2011). *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78.
- Cortés, J. (2003). "La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo del control penal punitivo", *Revista El Observador*, Número 5.
- Couso, J. y López, C. (2005). "Sistematización y proyección de experiencias de trabajo en medio libre con adolescentes infractores de ley" Informe para SENAME, encargado al Programa de Derechos del Niño de la Universidad Diego Portales.
- Daly, K. (2004). "Pile it on. More texts on RJ", *Theoretical Criminology*, 8 (4), pp. 499-507.
- De Ferrari, L. I. (2006). "Quince años de espera... hacia la creación de un sistema de reemplazo: Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes", *Justicia y Derechos del Niño N° 8*, UNICEF, Santiago, Chile.
- Díaz, A. (2010). "La experiencia de la mediación penal en Chile", *Polít. crim.* Vol. 5, N° 9, pp. 1-67.
- Dignan, J. (2005). *Understanding Victims and Restorative Justice*, Open University Press. Maidenhead, England.
- Duce, M. (2003). "El proceso establecido en el Proyecto de Ley que crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: avances y problemas", en *Responsabilidad Penal de Adolescentes*, Corporación Opción/Embajada Británica, Santiago, Chile.
- Duce, M. (2013). "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil", en Couso, Jaime y Duce, Mauricio, *Juzgamiento penal de adolescentes*, Colección Derecho en Democracia, LOM Ediciones, Santiago, Chile.
- Dünkel, F., Horsfield, Ph. & Parosanu, A. (2015). *Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe. Snapshots of 28 EU Member States*, International Juvenile Justice Observatory.
- Espejo, N. (2014). "Hacia una reforma integral del sistema penal de adolescentes en Chile: El desafío de la especialización", *Serie Reflexiones Infancia y Adolescencia N°18*, UNICEF, Chile.
- Fonseca, F. y Bolívar, D. (2015) "Paving the way toward a 'Latin' restorative justice", *Restorative Justice: an International Journal*, Vol. 3, N°2, pp. 148-159.

- Lappi-Seppala, T. y Parosanu, A. (2015). "Finland" en *Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe. Snapshots of 28 EU Member States*, International Juvenile Justice Observatory.
- Marshall, T. F. (1996). "The evolution of restorative justice in Britain", *European Journal on Criminal Policy and Research* 4 (4), pp. 21-43.
- Maxwell, G. y Morris, A. (2006). "Youth Justice in New Zealand: Restorative Justice in Practice?", *Journal of Social Issues*, 62, pp. 239–258.
- Mera, A. (2009). "Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: Límites y posibilidades", *Ius et Praxis*, Vol. 15, N°2, pp. 165-195.
- Morris, A. y Maxwell, G. (2003). "Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study" en Johnstone, G. (ed), *A Restorative Justice Reader Texts, sources, context*. Devon, Inglaterra: Willan Publishing.
- Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (2006). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, Viena.
- O'Mahony, D. y Dünkel, F. (2015). "Northern Ireland" en *Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe. Snapshots of 28 EU Member States*, International Juvenile Justice Observatory.
- O'Mahony, D. y Campbell, C. (2006). "Mainstreaming Restorative Justice for Young Offenders through Youth Conferencing – the experience of Northern Ireland", en Junger-Tas, Josine, Decker, Scott H. (eds) *International handbook on Juvenile Justice*, Springer, Holanda, pp. 93-116
- Rex, S., Gelsthorpe, L., Roberts, C. & Jordan, P. (2002). "Crime Reductions Programme: An Evaluation of Community Service Pathfinder Projects. Final Report 2002", *RDS Occasional Paper N° 87*, Inglaterra.
- Rossner, M. (2013). *Just Emotions, Rituals of Restorative Justice*, Oxford University Press, UK.
- Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, SRSGVAC (2013). *Promoviendo la Justicia Restaurativa para los Niños*.
- SENAME (2012a). *Orientaciones Técnicas para la Intervención. Programas de Servicios en Beneficio de la Comunidad y Reparación del Daño*, Departamento de Justicia Juvenil.
- SENAME (2012b). "Informe 5 años Ley de Responsabilidad Penal Adolescente".
- SENAME (2010) "Informe Diagnóstico Implementación Ley 20.084 Junio 2017-Marzo 2010".
- Sherman, L. y Strang, H. (2007). "Restorative Justice: The Evidence", disponible en <http://restorativejustice.org/10fulltext/restorative-justice-the-evidence>, visitado el 4.05.16.

- Strang, H., Sherman, L., Mayo-Wilson, E., Woods, A. & Barack, A. (2013). "Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review", *Campbell Systematic Reviews* 10, The Campbell Collaboration, Oslo, Norway.
- Tonry, M. (2006). "The prospects for institutionalization of restorative justice initiatives in western countries", en Aertsen, Ivo; Daems, Tom y Robert, Luc (Editores) *Institutionalizing Restorative Justice*, Willan Publishing, Oregon, USA.
- Umbreit, M. (2001). "The impact of Victim Offender Mediation. Two Decades of Research", en Umbreit, Mark, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*", Jossey-Bass, San Francisco, USA.
- Vásquez, O. (2015). "Borrador de Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa en Costa Rica", Observatorio Internacional de Justicia Juvenil.
- Walgrave, L. (2002). "Introduction", en Walgrave, Lode (Editor) *Restorative Justice and the Law*, Devon, Inglaterra: Willan Publishing.
- Young, W. (1979). *Community Service Orders*, Heinemann, Inglaterra.