

UNIVERSIDAD DE GINEBRA
CERTIFICADO DE ESTUDIOS AVANZADOS EN JUSTICIA
JUVENIL



“ EL ENFOQUE RESTAURATIVO EN EL JUZGAMIENTO DEL
ADOLESCENTE TRANSGRESOR ”

TRABAJO DE FIN DE ESTUDIOS PRESENTADO POR:
JOSÉ HORACIO GONZÁLEZ DEL SOLAR

TUTORA:
VIRGINIA DOMINGO DE LA FUENTE

Córdoba (Argentina), 19 de agosto de 2018.

EL ENFOQUE RESTAURATIVO EN EL JUZGAMIENTO DEL ADOLESCENTE TRANSGRESOR

"Un puente no es verdaderamente puente mientras los hombres no lo crucen"

(Julio Cortázar)

"Aquél que no perdona a otros, destruye el puente sobre el cual él mismo debe pasar; porque todos los hombres necesitamos ser perdonados"

(Lord Edward Herbert).

RESUMEN

En el presente trabajo presento las razones que llevan a sostener que el enfoque restaurativo supera las miradas parciales que ofrecen el retribucionismo, el tutelarismo y el funcionalismo, y se erige como una nueva manera de abordar el conflicto de ley penal, integral en cuanto abarca a todos los implicados, e integrativa en cuanto opera para aunarlos en el restablecimiento de la convivencia dañada por el atropello a los derechos que todo delito conlleva.

Aunque la justicia restaurativa halla su ámbito más propicio al margen de un proceso penal, lo que a muchos lleva a identificarla con las vías extrajudiciales de solución de conflictos, y particularmente con la mediación, sus ventajas se proyectan también hacia el mismo juzgamiento de los adolescentes, al cual aportan beneficios desde el primer momento de la intervención de la autoridad, y con mayor razón desde la sentencia al dar a las medidas -cualquiera sea su *nomen iuris*- un sentido específico, que trasciende la individualidad del sujeto a ellas para alcanzar al conjunto social.

I.- INTRODUCCIÓN

Considero importante expresar qué es lo que me ha movido a tratar, a modo de aproximación, este nuevo enfoque sobre la justicia penal juvenil.

Llegué a trabajar como dependiente en un juzgado de menores de Córdoba en marzo de 1973.. Por entonces, la justicia de menores en la Argentina, siguiendo lineamientos que se habían trazado en Occidente a partir de la creación de la primera corte juvenil (Chicago, EE.UU., 1899), se había apartado del *enfoque retributivo* clásico que caracterizaba al delito y a la justicia penal y, aunque la legislación

conservaba la pena como medida de último recurso, se había ido impregnando del discurso paternalista que caracterizaba al *enfoque tutelar* positivista desarrollado en el país desde la primera mitad del siglo XX.

El discurso tutelar era optimista: se despojaba de la *vindicta* pública como función estatal y abrazaba al adolescente como víctima de su propio obrar y del de aquéllos que debían haberlo tenido a su cuidado. Lo que no advertía ese discurso, ni las prácticas que generaba, era que el niño recibía el trato de *paciente*, algo que no debía sorprender pues el escenario tenía fuerte presencia de profesionales de la salud (pediatras, psiquiatras, psicólogos, etc.) que acompañaban al juez en su decisión y a los guardadores en la ejecución, y que en ese trato de pura tuición – en que estaba sujeto a medidas de cuidado y educación que fijaban las facultades omnímodas y discrecionales de la corte o tribunal- carecía de reconocimiento como sujeto de derechos y libertades que debía ejercer responsablemente, a la vez que quedaban fuera de consideración las personas que habían sido víctimas de su obrar delictuoso y la misma sociedad que vivía el desasosiego, la intranquilidad que acarrea todo delito como vulneración de la confianza mutua en que se asienta la vida en común.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño se puso en cuestión la concepción del adolescente transgresor como paciente, el tutelarismo entró en crisis y brotó una nueva manera de abordar su situación de conflicto, un *enfoque neo-retributivo* que alienta su regreso a la ley penal común como medio de reconocerlo como sujeto de derechos y brindarle las garantías de que goza cualquier persona adulta en el marco de un proceso penal.

La necesidad de dar al transgresor ese reconocimiento era algo que ya había avizorado cuando publiqué mi primera aproximación al tema (González del Solar, 1986), pero todavía a tientas pues estimaba insuficiente el tutelarismo y no me seducía el neo-retribucionismo como un regreso a lo estrictamente penal.

Distintos trabajos publicados¹ me han movido luego a buscar otro enfoque útil como puente entre las partes en conflicto de ley penal, un *puente* que suprima las distancias que alimentan los enfoques parciales y sirva a la integración social tras la ruptura dolorosa que todo delito deja como secuela inevitable. Y siguiendo esa alegoría del puente² he arribado a la justicia juvenil con *enfoque restaurativo*, que

¹ Entre otros, el de Kemelmajer de Carlucci, A. (2004).

² Una conocida fábula da sustento a esta alegoría, y puede verse en la red (<http://www.hermanoscapuchinos.org/docs/vocaciondoc/53/relato.pdf>).

todavía es un desafío en nuestro continente pero que ya cuenta con experiencias en distintos países que van abriendo una senda muy promisoriosa.

Si bien muchos autores lo valoran como apertura hacia la *desjudicialización*, hacia la sustracción del adolescente del proceso penal (Fellini Z. & otros), y esto ya es valioso, mi responsabilidad como magistrado me llevan hoy a indagar el impacto que esta nueva mirada puede tener sobre el mismo juzgamiento, ya no como una humanización *negativa* que provenga de las garantías fundamentales inherentes a la defensa en juicio (con la que parece bastarse el neo-retribucionismo), sino como otra *positiva* que lo convierta en un medio para que el adolescente descubra la dignidad propia y de los demás, así como la importancia del respeto que todos merecen en sus derechos y libertades (art. 40, *in principio*, Convención sobre los Derechos del Niño).

En definitiva, me propongo ir al encuentro -en el devenir del pensamiento jurídico -del porqué de esta nueva mirada que se va imponiendo en este siglo sobre la justicia juvenil, un porqué que comprenda causas y fines que están en su misma esencia y que lo hacen valioso para una problemática que sigue siendo inquietante en nuestros días.

II.- JUSTICIA PENAL

A.- Enfoque retributivo

Para arribar a la justicia juvenil con visión de futuro y desde tierra firme, creo que lo primero que hay que preguntarse es de dónde nace la justicia que alcanza al adolescente en conflicto de ley penal. Como es un tema que remonta al pasado lejano, y se pierde en el mito, conviene aquí recuperar su verdadero sentido.

Si atendemos brevemente a la mitología griega, hallamos que *Themis*, que representaba la justicia como orden natural, era una de las hijas de Gea y Urano en el Olimpo. Debía ser respetada y, cuando no era así, entraba en acción *Némesis*, diosa de la justicia retributiva, la venganza, el equilibrio y la fortuna, que traía el justo y colérico castigo. Los jueces eran a menudo llamados *themistopoi*, esto es “sirvientes de Themis” y no “sirvientes de Némesis”, por una sencilla razón: eran garantes del orden justo, al que debía servir la retribución³.

³ Otto, W (1968). *Teofanía: el espíritu de la antigua religión griega*, Buenos Aires: Ed. Eudeba.

La venganza juega, pues, como una derivación de la justicia primigenia para recuperar el equilibrio perdido ante el delito, para restablecer la trama de relaciones humanas tras su ruptura. Por eso la filosofía clásica enseña, desde antiguo, que la pena es un desquite (Maritain) que mira al restablecimiento del ser⁴.

La venganza por mano propia hacía imposible la convivencia, y llevó a que el Estado asumiera la potestad de penar. Fue un primer paso civilizador, con el que fueron surgiendo leyes penales para ordenar y delimitar la respuesta al delito, funciones que condensaba ya la emblemática “ley del tali3n”. Siempre como castigo (*quia peccatum est*), aunque muchas veces pudiera entenderse tambi3n como escarmiento (*ne peccetur*)⁵.

Los estudiosos del derecho penal, del orden resultante de las leyes penales, no perdieron de vista, en el primer tramo del desarrollo de su ciencia, que la pena era esencialmente un mal con que se pretendía neutralizar o suprimir otro; sea respondiendo a modo de retribuci3n, sea anticip3ndose como prevenci3n-disuas3n.

As3 vemos que para E. Kant la pena pertenece al imperio de la legalidad como retribuci3n moral del delito, como represalia que restablece un orden 3tico-racional. No recae en la interioridad del autor, en cuanto persona racional y libre, inasible en la experiencia (*homo noumenon*), sino en su sola exterioridad -que se caracteriza por la arbitrariedad de lo instintivo, de los deseos y pulsiones, cuando no hay impedimento para obrar de conformidad a lo exigido por la ley (*homo phaenomenon*)⁶. Esto lleva a H. Kelsen –bajo influjo kantiano- a sostener que la persona no es responsable por hacer algo que ha conocido y querido sino porque no deb3a hacerlo (Lesch, 54).

Para J. Fichte, en cambio, la pena conminada en la ley cumple una funci3n de prevenci3n. La pena se dirige a la voluntad del hombre -dominada por lo instintivo- a modo de coacci3n, como un evento causal con necesidad mec3nica para forzarla a respetar el deber (Lesch, 55-58).

Lo que en Fichte es fuerza, en P. Feuerbach es intimidaci3n. Sostiene que la ley penal se dirige al ser humano en cuanto racional y libre, que debe retribuir cuando transgrede el orden establecido, pero reconoce que hay en el mismo un hato de instintos y deseos subyacentes que explican su transgresi3n, por lo que la ley penal

⁴ Sobre el ser jur3dico: Riofr3o Mart3nez-Villalba, J. (2016).

⁵ Las ejecuciones p3blicas vienen de tiempo inmemorial. Ten3an por fin deshorrar al reo, pero tambi3n advertir al mismo –cuando sobreviv3a- y al conjunto social sobre la efectiva voluntad de hacer cumplir la ley, y de devolver mal por mal al que delinqua.

⁶ En la presentaci3n de las distintas posiciones: Lesch, H. (2016).

debe operar asimismo como prevención mediante la intimidación. Así, entiende que la medida de la pena no debe definirse en base a la libertad que se presume en la persona racional sino a la peligrosidad que puede provenir de su comportamiento instintivo (Lesch, 87-89) porque en la valoración del acto transgresor prevalece *ne peccetur* la consideración de los deseos e instintos que constituyen el sustrato psíquico de quien ha transgredido (Lesch 58-72).

Con G. Hegel se mantiene la pena como retribución al delito en sí, pero ya como una retribución jurídica. El transgresor no es sólo un ser instintivo sino además un ser reflexivo o racional, que se corrompe a sí mismo únicamente en apariencia, pero que se responsabiliza en cuanto persona que es, se lo honra como racional.

En Hegel lo racional es lo real. Los fenómenos humanos son mera apariencia, en sí mismos insignificantes. El delito es fenoménico; incide en algo exterior al hombre, algo que se posee (libertad, propiedad, etc.), y abordarlo como tal reduce a lo meramente aparente, allí donde la pena como coacción –por fuerza (Fichte) o por intimidación (Feuerbach)- llega siempre tarde.

La verdad, para Hegel, es otra: Lo real en el delito es que la voluntad de una persona –el transgresor- se impone a la voluntad general que expresa la ley; su voluntad pretende erigirse en ley. Si la ley castiga el homicidio, al matar está diciendo a los demás que es lícito matar.

Esto así, Hegel brinda una justificación subjetiva y otra objetiva de la pena como retribución jurídica. La primera, porque la pena honra a quien ha delinquirido como persona, haciéndole ver que su acción ha contrariado la razón que objetiva la ley como expresión de la voluntad general. No lo degrada como un hato de instintos sino que la libertad de que goza para su autogestión genera responsabilidad por las consecuencias cuando la misma es deficiente. La segunda, porque la coacción del delito es injusta y por lo tanto admite su neutralización o su supresión por otra coacción, la de la pena.

Hegel desarrolla una teoría dialéctica pero a la vez funcional de la pena, que compensa la culpabilidad que porta el acto delictuoso en sí, al mismo tiempo que cumple una prestación social, un provecho para el conjunto en el restablecimiento del orden jurídico vulnerado.

La represalia ante el delito es la respuesta que se da a la declaración de una persona racional que comunica una voluntad individual que pretende imponerse a la

voluntad general. ¿Dónde se hace manifiesta esa voluntad Individual? En la misma infracción al deber que es la transgresión, sea dolosa o culposa.

Al transgresor se lo hace exclusivamente responsable del conflicto jurídico que entraña su transgresión, del mensaje que expresa su voluntad singular *contra legem*, y esto es lo basal. Si hay un plus de provecho social, no es porque la pena use al penado como instrumento para alcanzar un cierto resultado de bien común. La pena es esencialmente una compensación, y sólo subsidiariamente obtiene un beneficio social como consecuencia, cual es el respaldo que la prohibición legal recibe con la pena después de verse desairada por quien la ha desafiado (Lesch, 99).

B.- Enfoque tutelar

Esta concepción penal, que responde a la concepción de persona que alberga el humanismo moderno, y que finca en el hecho o acto delictuoso como pivote, es la clásica en el derecho penal la primera que dio sustento a la reacción estatal ante la eventualidad de un adolescente transgresor. Empero, el desarrollo de las ciencias naturales y el conflicto social desencadenado con la industrialización y el capitalismo liberal iban a impulsar un giro importante, desplazando el pivote desde el hecho hacia el autor, dando origen a un nuevo derecho penal durante el siglo XIX. En ese contexto se fueron acuñando el discurso y las prácticas del derecho de la minoridad y su enfoque tutelar.

Con F. Liszt⁷ la pena empieza a erigirse en un medio para curar la fisura en la personalidad de quien delinque, o para protegerlo, si no es posible, mientras dure su peligrosidad. No basta ya el disvalor del hecho o acto cometido por una persona racional y libre, como en los anteriores, sino que debe apreciarse el disvalor en quien quebranta la paz social, en quien abandona su racionalidad para comportarse con maldad.

La pena ya es entendida como herramienta política, para proteger bienes jurídicos y prevenir los ataques. Mira a la prevención especial que se procura mediante la intervención sobre la persona del transgresor para inducir otro comportamiento.

La misma dogmática jurídico-penal, al marcar una distinción tajante entre el injusto como disvalor del hecho y la culpabilidad como disvalor de la actitud, desplaza el reproche hacia el autor en lo personal. Subyace a este desplazamiento ese

⁷ Sobre la evolución de la teoría del delito desde Liszt hasta nuestros días: Ramos Mejía, E. (2015).

determinismo que suscita el naturalismo decimonónico dominante y que ya va alimentando una criminología positivista naciente.

Puede decirse que este enfoque tuvo su acierto, cual fue volver la mirada sobre la persona del que delinque, pero fue perdiendo de vista aquello que la motivaba: el hecho delictuoso en sí, que fue asumido como el mero acontecimiento que legitimaba la intervención sobre el agente para adelantarse a nuevos hechos delictuosos que podían surgir de una situación personal que los estaba propiciando (Lesch, 171-191).

III.- JUSTICIA JUVENIL

Esta inflexión en lo jurídico-penal explica el perfil con que surgió la justicia juvenil en el mundo. Platt nos describe con crudeza como se fue modelando la corte juvenil en Estados Unidos de América, a partir de su tribunal pionero en Chicago (Illinois, 1899). El primer objetivo fue sustraer los niños de las cárceles que los albergaban, y el segundo, ponerlos bajo la intervención de un tribunal específico. Después vendría la ley que daría sustento a esa intervención, y que impondría a las instituciones públicas su cuidado y bienestar⁸.

Ese fue el curso que siguió la organización en gran parte de los países que adoptaron esta justicia para niños, con rasgos similares. La mira estaba centrada en el delito juvenil por el fuerte rechazo que implicaba, y porque se apreciaba que allí estaba el comienzo de la delincuencia que afligía a la sociedad. Se quería prevenir protegiendo a los que estaban desamparados, y por ende en situación pre-delictiva, y a los que ya habían delinquido para evitar que su acto transgresor derivara hacia un hábito delictivo con claro perjuicio social

La justicia juvenil con sesgo tutelar, cuya vigencia se ha prolongado por más de un siglo, se fue afianzando con leyes que le daban respaldo⁹, y con autoridades e instituciones que se conjugaban en esa orientación dominante. Pensada para la protección, con jueces que operaban como *parens patriae* y funcionarios que giraban en derredor, el niño era considerado un exclusivo beneficiario, y por esa razón se reconocía a aquéllos facultades discrecionales amplias que ignoraban cualquier limitación a título de garantía, aun del acervo constitucional.

⁸ Esto último favorecido por el “asistencialismo” a que dio lugar el modelo de *Estado benefactor* en algunos países, como la Argentina, desde la segunda posguerra del siglo XX.

⁹ En la Argentina, la ley 10.903 de Patronato de Menores del año 1919, aunque los juzgados de menores recién se establecieron a partir del año 1938.

Los numerosos Congresos Panamericanos del Niño (OEA), durante el siglo XX, no cuestionaron esa “justicia de menores”, y tampoco lo hizo la Organización de las Naciones Unidas (ONU) al sentar reglas mínimas para su desenvolvimiento¹⁰, aunque sí exige que quien las ejerce tenga capacitación suficiente para ello y que respete las garantías básicas que se reconocen a quien está bajo proceso penal (arts. 6 y 7).

Este modelo entró en crisis a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989). Para entonces el asistencialismo del *Estado benefactor* estaba en retroceso, nuevos desarrollos criminológicos ya sostenían que el delito era una expresión del conflicto social¹¹, y particularmente de la desigualdad jurídica entre los “niños”, que están al abrigo familiar y gozan de sus derechos, y los “menores”, que viven la adversidad, están sometidos al resguardo de autoridades judiciales o administrativas, y tienen sus derechos vulnerados, y había surgido una fuerte crítica hacia la “compasión-represión” que impregnaba la labor de los tribunales o cortes juveniles¹². Además, y en consecuencia, el garantismo penal¹³ alentaba un regreso a la concepción retributiva como medio para liberar al adolescente de ese enfoque tutelar avistado como un paternalismo irrazonable¹⁴ y promover su reconocimiento como persona y como ciudadano con los derechos consiguientes¹⁵.

Este regreso seguía, también, a un fuerte reclamo social en distintas regiones, entre ellas la del Río de la Plata en suelo americano, ya que muchos entienden que la protección del transgresor refuerza su conducta y a la vez subestima el daño que la transgresión causa a quien es y a la misma paz social.

La pregunta sigue siendo si el regreso a lo retributivo remedia la insatisfacción social que ha dejado el tutelarismo. Porque ambos enfoques pecan de parcialidad –

¹⁰ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Beijing, 1985.

¹¹ Sobre el panorama viscoso y resbaladizo que muestra hoy la Criminología, en medio de corrientes que reclaman, cada una para sí, la exclusividad de la razón, como expresión de un saber que no haya confines: Ceretti, A. (2008).

¹² Entre nosotros, recibió fuerte impulso desde UNICEF Argentina, con el discurso que fueron imponiendo Elías Carranza y Emilio García Méndez (1990) sobre la evolución que tuvo la protección de la minoridad en la región bajo el “paradigma” tutelar. La crítica a la justicia “de menores” y su “compasión-represión”, encontró fuertes adhesiones, como lo testimonian García Méndez E. y otros prestigiosos autores en opiniones coincidentes (2001).

¹³ Destaca en esta corriente el iusfilósofo Ferrajoli (1995).

¹⁴ Sobre un paternalismo jurídico legítimo: Alemany García (2005).

¹⁵ Es lo que llevó a revisar las bases del llamado derecho de menores tras la Convención sobre los Derechos del Niño (González del Solar, J., 2015).

uno centrando todo en la transgresión y el otro en el transgresor- y por distintas puertas terminan entrando en el mismo callejón sin salida. Uno y otro terminan en la privación de libertad, que *per se* no tiene virtud para enseñar a vivir una libertad responsable; uno a título de sanción y el otro de tuición.

El funcionalismo penal en boga parece alentar el regreso a la retribución. Su crítica al derecho penal de autor y a los desarrollos –como el del enfoque tutelar en el derecho de la minoridad- que esta corriente ha prohiado es fuerte y razonable. ¿Cuál es el punto central sobre el que recae esa crítica? Sus exponentes sostienen que la respuesta al delito se legitima en cuanto atiende a lo hecho como infracción a un deber que a todos incumbe para hacer posible la convivencia, tal como lo propugnaba Hegel, y que esto no es lo que sucede cuando la respuesta recae sobre la culpabilidad al modo en que lo sostenían Liszt y Beling, o sobre las condiciones personales y familiares del transgresor, como lo entendían el llamado derecho penal de autor y el derecho de la minoridad, porque para éstos el delito es una condición para la pena (o la medida alternativa) y no su fundamento; no apuntan al suceso sino al futuro, a que la lesión de bienes jurídicos no se repita (Lesch, 200).

El funcionalismo -desde Gunther Jakobs- mira al suceso, pero lo resignifica en la trama de las relaciones sociales. Porque una sociedad institucionaliza expectativas estabilizadas contrafácticamente. Las normas no dirigen comportamientos para prevenir desviaciones sino que aseguran expectativas; llegan cuando el hecho ya se ha producido para reafirmar el deber que se ha infringido y la expectativa que se ha contrariado. “El injusto penal está, entonces, materialmente constituido como agresión al deber como símbolo de la vigencia contrafáctica de la expectativa” (Lesch, 223). La voluntad del sujeto no importa en su aspecto interno, en lo subjetivo motivante, sino en lo externo, como un querer que no debe ser (Lesch, 224). Siguiendo a Niklas Luhmann y su conocida teoría de la comunicación, Jakobs ve en el delito una expresión de sentido, una manifestación de voluntad individual que se levanta sobre la norma vigente.

Así cuestionado el enfoque tutelar, cabe preguntarse si deslegitima enteramente la justicia de menores que hoy tenemos. Vale el interrogante porque hay países en que subsiste la organización¹⁶, aunque también hay una evolución que está

¹⁶ En el Programa de Intercambio de Experiencias “El Tratamiento de la Infancia y la Adolescencia por la Justicia”, en que tuve el honor de participar (EUROSOCIAL, junio-julio de 2008) pude advertir que la justicia de menores resiste cambios en su

suscitando optimismo, y hasta cierta perplejidad. Después de dar las razones que permiten sostener que la justicia juvenil ha remontado sus aristas más objetables, la destacada especialista Mary Beloff se pregunta, con miras al futuro, qué es lo que hay que hacer con la misma para que preste un mejor servicio a la niñez en conflicto de ley penal (Beloff, 2016)¹⁷, pregunta válida porque una justicia juvenil que deja atrás el tutelarismo se encuentra ante una disyuntiva: o va en regreso hacia un retribucionismo remozado, o en progreso hacia otro enfoque que le permita diseñar un modelo de justicia que trascienda las visiones precedentes y armonice sus preferencias en una síntesis que sea *integral* porque abarque todo lo que implica el delito en la niñez y su impacto social, pero asimismo *integradora* porque tienda a la readmisión del niño rehabilitado en el concierto social con un sentido de inclusión y de participación como ciudadano.

IV.- JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA

A.- Ventajas

Ese paso adelante que hoy espera la justicia juvenil, y que dejaría atrás las críticas que han recibido las parcialidades que ofrecen los enfoques antecedentes, puede estar en la nueva concepción de *justicia restaurativa* que ha surgido en este siglo, aunque su albor se produjo en la última década del siglo XX¹⁸. Conocido es que Howard Zehr, profesor en la Universidad Menonita de Harrisonburg, fue pionero en esta empresa que propone una nueva manera de abordar el delito¹⁹, sustituyendo el

configuración, y que esto no se limita a nuestra región. En España su intervención recae únicamente en los jóvenes transgresores, pero la crítica a la labor de protección de los niños desamparados que cumplen las comunidades autónomas revela esa nostalgia que ha dejado la pérdida de la competencia que antes los juzgados de menores tenían sobre el universo de los menores de edad que se consideraban en situación irregular, algo que quizás subyace a la prédica que lleva adelante el señor juez de Granada Emilio Calatayud. En Francia, la visita de intercambio permitió apreciar cuánto estiman los jueces esa competencia amplia que allí todavía mantienen. Esa fue –al menos- la impresión al entrevistar al señor juez Jean Pierre Rosenczveig en Bobigny, próximo a París.

¹⁷ Su estudio se refiere a la justicia juvenil en la Argentina, pero muchos de sus asertos tienen validez más allá de nuestras fronteras, en países que afrontan la transición hacia una nueva justicia juvenil de manera vacilante. Poco después (Beloff, 2017), y junto a otros especialistas, proyecta su inquietud hacia otros países americanos, incluyendo referencias de derecho comparado.

¹⁸ Sobre los orígenes: Kemelmajer de Carlucci, Aída, 116 y siguientes.

¹⁹ Así lo propone en *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice*, Pennsylvania: Ed. Herald Press, 1990. Entre los pioneros también se cuentan Van

fin de venganza que subyace a la retribución, o el de amparo que porta la tutela estatal, que se disputaban el terreno, por otro reintegrador, que tiende a satisfacer las necesidades de los involucrados en el delito, permitiendo a la víctima rehacerse, al ofensor rehabilitarse, y a la sociedad recomponerse después del injusto penal.

El espíritu que anima a la corriente de justicia juvenil nacida de este enfoque renovador luce en la Declaración que siguió al primer Congreso sobre Justicia Juvenil Restaurativa en Lima, año 2009²⁰. Entiende que es una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Además, que esta finalidad demanda un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan en el delito. Aclara que no existe un sólo modelo para la práctica de este enfoque de justicia restaurativa, y que la experiencia en distintos países muestra la utilidad de la mediación, las conferencias en grupo familiar, los círculos de sentencia y otros enfoques culturales específicos.

Un punto importante en la Declaración es que la justicia restaurativa debe aplicarse en todas las etapas del proceso de justicia juvenil, ya sea como una medida alternativa o como una medida adicional. Ergo, debe impulsar el abordaje del caso por una vía extrajudicial, aun en los delitos graves, pero igualmente debe impregnar el juzgamiento de los adolescentes cuando no se puede acudir a algunas de las vías alternativas al proceso tradicional.

Un segundo Congreso Mundial, realizado en Ginebra en el año 2015, ratifica ese rumbo al más alto nivel²¹ y en su informe final reafirma el anhelo de una justicia restaurativa y sanadora que conduzca a la reintegración. Por un lado, y siguiendo a la

Ness, Daniel y Strong, Karen Heetderks (*Restoring Justice*, Anderson Publishing, Cincinnati 1997), Marshall, Tony F. (*Restorative Justice, An Overview*, Home Office, London 1999), y Braithwaite, John (*Restorative Justice and De-Professionalization*, The Good Society, Pennsylvania, 2004).

²⁰ El congreso fue organizado por La Fundación *Terre des hommes*, con amplia experiencia en proyectos de Justicia Juvenil en Europa, África y América Latina, la Asociación Encuentros Casa de la Juventud; la Fiscalía de la Nación del Perú, y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²¹ El congreso fue nuevamente organizado por la Fundación *Terre des hommes*, esta vez con el gobierno de Suiza, tuvo una convocatoria más amplia y por primera vez reunió a representantes de los gobiernos y la sociedad civil para discutir juntos el futuro de la justicia juvenil. Más de quinientos participantes tuvieron oportunidad de escuchar a más de cien ponentes expertos de ochenta y seis países en diferentes mesas y talleres y compartir las mejores experiencias de cada trabajo en terreno.

muy respetable juez austríaca Renate Winter, destaca la importancia que tiene el uso de “las medidas alternativas o la remisión para evitar que el sistema de justicia se involucre en delitos menores, conductas pre-delictivas o meros pecadillos”. Pero también hace notar que “la mayoría de los asistentes al congreso han coincidido en que la justicia restaurativa --que toma en cuenta a las víctimas y las incorpora al ámbito de la justicia juvenil-- ha introducido un aspecto educativo e incrementado el respeto por los derechos del niño, porque los jóvenes tienen que asumir un rol activo en el proceso, determinar cómo responder e involucrarse para enfrentar lo que han hecho y reconocer --en forma total, parcial o simbólica-- cuál ha sido el resultado. Esto no solo puede llevar al adolescente a asumir responsabilidades, sino que el entorno calmo también le permite reparar o rehacer los vínculos sociales que su conducta ha forzado o ha roto. Estos son los evidentes beneficios de este enfoque que toma en cuenta tanto los intereses del niño (o está orientado al niño para usar una expresión que aparece frecuentemente en nuestros debates) como los intereses de la víctima, sean individuales o colectivos (la sociedad en general)”²².

Para ese entonces, ya la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB), como colofón de sus I y II Encuentros Iberoamericanos de Justicia Juvenil Restaurativa en Cartagena, año 2014, había aprobado en Santo Domingo (República Dominicana) la Declaración Iberoamericana en Justicia Juvenil Restaurativa, daba prioridad a la desjudicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infracción, pero a la vez reconocía que habría casos en que el juzgamiento sería inevitable, pero que la intervención debía seguir los estándares internacionales en la materia.

La misma Hoja de Ruta para los años 2017-2020 asigna un lugar principal a la capacitación de los recursos humanos para la implementación de la justicia restaurativa, y en ella se comprende a todos los operadores que con distintas funciones toman parte en el sistema de justicia juvenil formal, esto es en el sistema de juzgamiento para quienes no siguen vías alternativas al proceso judicial²³.

²² Informe final elaborado por un experto de gran prestigio como Jean Zermatten, Presidente del Tribunal de Menores del Cantón de Valais, Suiza (1980-2005), Director del Instituto Internacional de Derechos del Niño, Sion, Suiza (www.childsrights.org) (1995-2014), Presidente de la AIMJF (1994-1998), Miembro del Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño (2011-2013) y Presidente del Comité (2013-2015).

²³ Así cabe entenderlo, a mi ver, cuando se propone el “establecimiento de un plan modelo de formación para la acreditación de operadores o intervinientes en los

El Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa, aprobado por la Conferencia de las Presidentas, los Presidentes o Representantes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia, y los Consejos de la Judicatura o Magistratura, coincide en su punto 5 respecto a la prioridad que se debe a la desjudicialización y la solución del conflicto por vía alternativa al proceso. Pero la prioridad no equivale a exclusividad, y de sus otros puntos se desprende que la concepción de justicia restaurativa debe también estar presente en todos los momentos del mismo proceso judicial.

Instalado el enfoque restaurativo que favorece un nuevo modelo para la justicia juvenil, lo primero que debe examinarse es si sus lineamientos resisten las críticas que se levantaron contra la retribución y la tutela como fines en la respuesta ante el delito juvenil.

Si el retribucionismo detiene su mirada en el hecho delictuoso, y se desentiende de la repercusión personal y social que tiene, el enfoque restaurativo supera esa limitación con mayor amplitud de mira porque se propone atender a todos los involucrados en el mismo: importan el ofensor, el ofendido de manera directa, su círculo próximo de afectos, y toda la comunidad que recibe el impacto de esa rebelión contra la ley, de esa voluntad y ese interés particular que quieren prevalecer sobre el interés común. ¿Por qué la ley reacciona contra el delito? Es innegable que lo hace porque afecta a quien lo padece de modo directo, en su persona o en sus pertenencias, pero también a un número indeterminado de personas que reciben el impacto de la transgresión a modo de intranquilidad, desconfianza, alarma y desasosiego. Y una justicia verdaderamente restaurativa, que tiene por fin la reintegración social, debe velar por todo lo que el delito comprende, llegar con su acción a todos los afectados.

Si el tutelarismo detiene su mirada en el agente del hecho, y pierde de vista al mismo hecho delictuoso que provoca la intervención de justicia juvenil, el enfoque restaurativo recupera el valor que el hecho delictuoso tiene como motivante, pero además lo erige en el pivote sobre el cual debe asentarse y girar lo que sigue en aras de la reconstitución social. No desconoce sino que reafirma la gravitación del delito como violación de un deber legal que quebranta la convivencia, pero en él halla el punto de partida para una acción reparadora que va hacia el niño ofensor, pero

procesos restaurativos y en la ejecución de medidas no privativas y privativas de libertad”.

también hacia su víctima ocasional y hacia la comunidad interesada en preservar el orden y el mutuo respeto a los derechos fundamentales.

Si el funcionalismo detiene su mirada en el delito como violación de un deber que a todos incumbe para hacer posible la convivencia, deber que surge de normas que aseguran expectativas sociales de manera general y contrafáctica, y concibe la respuesta penal como la réplica a ese querer que no debe ser, a esa expresión de sentido o manifestación de voluntad individual que ha desairado a la norma vigente, el enfoque restaurativo va más allá todavía: se propone reafirmar la vigencia de esa norma invitando al mismo transgresor a que voluntariamente se someta mediante la asunción de la responsabilidad que le cabe, la reparación del daño causado y la recuperación de un lugar en la vida social. Y más todavía: invita a quien ha sido víctima y al conjunto social a sumarse en la ratificación de la norma y la reconstitución de la convivencia. ¿Hay, acaso, algo más funcional que esto?

Así resulta que la justicia restaurativa es –como se dijo- *integral* en su comprensión, e *integradora* en su pretensión. En esa dirección aventaja a los otros enfoques conocidos, habla el lenguaje de la comunidad, de la inclusión de todos como ciudadanos responsables, de la confianza y el respeto mutuo, de los deberes que todos tienen en el sostén de la vida en común (Duff, 29-39). Ni vindicta ni prevención, al modo en que unilateralmente lo quieren el retribucionismo y el tutelarismo, sino armonización de intereses que haga posible la recomposición del orden social para bien de todos. Y no sólo en la formalidad de la norma restablecida –como en el funcionalismo- sino en la realidad de la recuperación de las relaciones entre las personas como partes de una empresa común.

B.- Objetivos

La doctrina considera que la justicia restaurativa es una tercera vía dentro de las conocidas (Kemelmajer, capítulo II). Aunque muchos la invocan con frecuencia, muy pocos la conocen en lo que connota como esa nueva vía que supera aporías inevitables para quienes permanecen en la miopía de lo unidimensional. Es que suele acudirse a ella de manera interesada y mezquina, para obtener algún provecho pasajero, utilizándola como una expresión de justicia blanda, mínima, concesiva o compasiva, en ocasiones como una cierta prolongación, bajo un nuevo disfraz, del asistencialismo que caracterizaba a lo tutelar en el marco político del *Estado benefactor*. Es por eso que, para hacerla posible, debemos recuperarla en lo que

verdaderamente es, valiéndonos de los mismos estándares internacionales que la propician.

A mi ver, la clave de acceso a la justicia restaurativa reside en la empatía. El Manual de las Naciones Unidas sobre el tema así lo está reconociendo cuando la incluye como aptitud al hablar de los objetivos y de los facilitadores²⁴ y le asiste razón en ambos puntos porque la finalidad ínsita a este enfoque renovador no puede alcanzarse si no se suscita esa disposición personal –sobre la que tanto énfasis pone la neurociencia- en todos los involucrados en un conflicto de ley penal, lo que a su vez escapa a lo posible si el agente que debe favorecer la práctica restaurativa carece de ella. Para entablar relación con otros hay que empezar por reconocer su *otredad*, no sólo como entidades distintas a la propia del sujeto, lo cual sólo los presentaría como objeto, sino como personas con derechos , libertades, intereses, expectativas, proyectos de vida.

Esa aptitud es la que torna asequible el acercamiento pese a la herida que el delito deja en la vida de una persona y en la trama social. Entonces sí puede desplegarse una vía de entendimiento, que debe comenzar por el reconocimiento que el autor haga de su delito y del daño que ha inferido a los demás²⁵. Y es a partir de allí que se desarrolla la tríada *responsabilización-reparación-revinculación*, que está llamada a operar como el eje sobre el cual gire toda la reconstitución de las relaciones humanas que el delito ha irrumpido con sus secuelas.

La *responsabilización* es lo primero que genera la empatía después del agravio. No se trata de una nuda confesión, que podría hacerse como señal de descaro o de alarde, y hasta de provocación, sino de ese gesto de arrepentimiento real que invita a los otros a sobreponerse al dolor y a la inseguridad que deja una ofensa para reconsiderar lo sucedido en todas sus implicancias y generar una oportunidad de recuperación para todos. Puede ser formal, ante el funcionario policial, el fiscal o el juez, según la legislación del lugar, pero también informal, recogida por el o los operadores que impulsan la práctica restaurativa²⁶.

²⁴ Cf. O.N.U.: “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa”, *Office on Drugs and Crime*, Nueva York, 2006, puntos 1.5 y 5.1.9.

²⁵ *Ibíd.*, 1.5 y 6.5.

²⁶ En Córdoba (Argentina), la mediación, con intervención de mediadores acreditados, es la herramienta que hace posible el avenimiento entre el autor de un delito y quien ha sido la persona damnificada. Es admitida para la justicia juvenil por una acordada del Tribunal Superior de Justicia y no exige la confesión previa del supuesto transgresor. De todas maneras, cae de maduro que no se puede procurar el

Esta secuencia que arranca en la responsabilización del adolescente transgresor se ve, en cierta medida, facilitada cuando la transgresión juvenil no es *compulsiva* por alguna alteración de la personalidad, o *comprometida* por la pertenencia a bandas que hacen de esto un estilo de vida, o *contestataria* a resultas de alguna ideología violenta que se ha abrazado. Y en nuestra región, como en otras del planeta, es así porque el transgresor adolescente, por lo común, es alguien que anda a la deriva (Matza), alguien que transita la línea divisoria ente lo permitido y lo prohibido, alguien que trabaja o estudia pero, a la vez, se muestra propenso al quebrantamiento de la ley cuando lo valioso o lo apetecido no está a su alcance, quebrantamiento que con frecuencia propicia el encuentro con pares en similar condición²⁷. En mi opinión, se debe más a una debilidad presente en la cultura global²⁸ que en alguna subcultura particular, aunque seguramente se manifiesta con mayor frecuencia y crudeza en ámbitos en que la escasez de recursos materiales explica la ignorancia, la impotencia, la desesperanza.

A la responsabilización debe seguir la *reparación* como una contribución personal del transgresor, acorde a sus condiciones y posibilidades, para tender un puente hacia quien o quienes han sufrido daño por la comisión o la omisión constituyente del delito. Puede tener valor real o simbólico, y dirigirse hacia la víctima, la sociedad o ambos según las circunstancias, pero en cualquiera de sus modalidades lleva un mensaje inequívoco, cual es la voluntad de reconciliarse con los demás. Es lo principal; si cubre o no la pérdida que el delito ha causado es lo accesorio.

La recomposición no sería completa si faltara la *revinculación*. El delito rompe la confianza recíproca en que se basan las relaciones sociales; quien se ve atropellado en sus derechos teme el contacto con los demás, y el que ha llevado por delante esos derechos despierta rechazo, lejanía, y en último término el encierro de la prisión o sus sucedáneos, o –lo que es peor el destierro con el confinamiento o la deportación, o el

acercamiento de las partes si el adolescente a quien se atribuye un delito no manifiesta su arrepentimiento como punto de partida, y no se arrepiente quien no se reconoce culpable, quien no se hace responsable.

²⁷ De ninguna manera quita que en casos de compromiso por la pertenencia a bandas ello no sea posible, pero es evidente que en éstos el enfoque restaurativo exige un despliegue mayor, toda una estrategia que debe abarcar la problemática que subyace a esa actuación antisocial concertada, y afrontando muchos riesgos como lo prueban los intentos que se hacen para abordar las maras centroamericanas.

²⁸ En la región del Plata las transgresiones son múltiples, como los actos de vandalismo, la violación de las reglas de tránsito, las contravenciones que dañan la convivencia vecinal, etc.

entierro con la pena de muerte. Es lo que lleva a sostener que no puede haber restauración sin que se recompongan los vínculos que el delito ha cortado, que el transgresor y su víctima recuperen sus lazos respectivos en el contexto social a partir de la recuperación de la confianza en que el respeto mutuo y el goce de los derechos y libertades es posible en el ámbito social a que pertenecen.

C.- Alternativas

Los objetivos que tiene el nuevo enfoque asignan el protagonismo a los mismos involucrados en el conflicto de ley penal. Sin sus aportes es imposible transitar el camino desde la empatía hasta la revinculación social. Pero ese protagonismo no es posible si no hay alguien que lo estimule, que lo propicie, que lo vehicule, sea por la negociación en la mediación, sea por la concertación en otras herramientas de conciliación.

El desarrollo de la conciencia jurídica internacional, que expresan los estándares contenidos en múltiples documentos referidos a la niñez y sus derechos, ha hallado desde temprano procedimientos que den una respuesta al margen de la lid judicial. Desde las Reglas de Beijing (Regla 11.1) esto ha sido así, y se ha acentuado desde la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 40.3.b) y la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (O.N.U.) (parágrafos 22 a 29). En general tienden a apartar al niño de un proceso judicial, pero el último de los documentos, referido especialmente a la justicia juvenil, incluye los *“programas basados en la comunidad, por ejemplo el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia reformativa, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas”* (parágrafo 27).

Las técnicas de mediación, consolidadas a partir de un saber y una práctica que aportan personas acreditadas para ello, han sido utilizadas exitosamente en conflictos interpersonales de derecho civil, comercial y laboral, por lo que no debe extrañar que hayan sido también llamadas a prestar su concurso cuando de delitos juveniles se trata. Y esto ha sido a un punto tal que muchos han caído en una confusión no poco importante: creer que el enfoque restaurativo se reduce a esas técnicas (Fellini y otros, 33-45), muy respetables pero no exclusivas como prácticas disponibles para ir en pos de los objetivos antes expuestos. Porque la experiencia

humana ha sido capaz de hallar otros instrumentos con la misma finalidad²⁹, y así se van diseñando modelos en base a prácticas ancestrales como, por caso, el modelo de empoderamiento familiar (*family empowerment model*), a través de las conferencias familiares (*family group conferences*), ya conocidas por los maoríes, en Nueva Zelanda (Kemelmajer, 317-320). También el modelo de los círculos, con distintas modalidades, como la de los círculos sanadores (*healing circles*) y la de los círculos sentenciantes (*sentencing circles*), que proceden de pueblos aborígenes norteamericanos, como la tribu Ojibwa en Manitoba, Canadá (Kemelmajer, 320-337).

Es loable que el nuevo enfoque produzca esta apertura hacia opciones que dan participación principal a quienes se encuentran comprendidos en un conflicto de ley penal, de manera que mediadores, promotores, facilitadores, garantes, etcétera estimulen el encuentro, el acuerdo y la recomposición de los lazos sociales y reafirmen la vigencia de la ley después de un delito. No me cabe duda que la solución debe buscarse principalmente por estos medios, por la contribución de los mismos interesados en un espacio y un tiempo que les permita arribar al restablecimiento del orden perdido. Sobre todo porque estos medios extrajudiciales permiten obviar la crítica frecuente que los mismos transgresores y sus familias dirigen contra el sistema judicial (Matza, 159-220).

Empero, es muy necesario volver la mirada hacia lo que subsidiariamente opera en casos graves o reiterados, como lo reconocen los documentos de justicia restaurativa que tenemos en el mundo iberoamericano, cual es el juzgamiento mediante el proceso judicial. Parecería, si nos atenemos a cierta literatura sobre alternativas extrajudiciales, que la justicia restaurativa nada dice a la justicia tradicional, y no es así.

V.- JUZGAMIENTO RESTAURATIVO

La Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa brega por su aplicación “en todas las etapas del proceso judicial, ya sea como una medida alternativa o como una medida adicional”. Entiéndase: no sólo como una *desviación* hacia lo extrajudicial, en cualquier momento del proceso judicial, sino como un *aditamento* para nutrir el propio proceso judicial.

²⁹ Así lo reconoce la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa al tratar el concepto de justicia restaurativa.

Ese proceso con enfoque restaurativo no es posible si los operadores –jueces, fiscales, abogados, profesionales de equipos técnicos- no están preparados y bien dispuestos a ese fin. Allí donde el juez asume un papel de justiciero, o el fiscal de acusador a ultranza para aventajarse en su carrera judicial o política, o el abogado defensor que antepone su prestigio profesional a cualquier otra consideración, o los profesionales una actuación constreñida a ciertos estereotipos ideológicos o técnicos, el proceso tradicional resulta infructuoso si lo que se espera es que sirva a la pacificación social³⁰.

La Ley Modelo sobre Justicia Juvenil (O.N.U., Oficina contra la Droga y el Delito, año 2014), resultante del proyecto elaborado por la jurista austríaca Renate Winter en 1997, reconoce la primacía que tienen los medios no judiciales de solución de conflictos en lo penal juvenil³¹, pero luego trata lo que sigue cuando ello no es posible, y lo hace con sumo cuidado para referirse a tres momentos: antes del juicio, en el juicio, y en las medidas de ejecución de la sentencia³².

³⁰ Por eso la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa incluye, entre sus recomendaciones la siguiente: “Recomendamos a los Estados desarrollar e implementar una capacitación adecuada y continua dirigida a todos los actores clave de la administración de justicia juvenil, prestando especial atención al cambio del enfoque legal convencional y establecer y/o respaldar los servicios necesarios que permitan implementar programas de justicia juvenil restaurativa utilizando las redes de trabajo existentes en la medida de lo posible. Dichos servicios deben contemplar un enfoque interdisciplinario, creando, por ejemplo, equipos multidisciplinarios, para la aplicación de la justicia juvenil restaurativa entre otros, con la finalidad de atender también las necesidades emocionales tanto de la víctima como el agresor juvenil” (8). Y la Hoja de Ruta para el trienio 2016-2019 propone: “hacer seguimiento y generar posibles mecanismos de acceso a la formación especializada en justicia juvenil con enfoque restaurativo (Certificado de Estudios Avanzados), fomentada por el Centro Inter-facultades en Derechos del Niño de la Universidad de Ginebra y por el Instituto Internacional de los Derechos del Niño de Sion (Suiza). Asimismo, se propone abordar procesos de certificación de los operadores y gestores sociales para el trabajo con adolescentes y jóvenes e identificar modelos de acreditación exitosos a través de las instituciones de los países que comparten la Declaración. De igual modo, se impulsa el establecimiento de un modelo y currículo para la formación y acreditación de operadores o intervinientes en los procesos restaurativos y en la ejecución de medidas no privativas y privativas de libertad, así como la realización de un taller de expertos, un encuentro regional técnico y un marco para la homologación durante 2017”.

³¹ Así luce claramente en el principio 4 y en el capítulo II.

³² También así lo prevén las directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17/11/2010.

En definitiva: el juzgamiento del niño ya adolescente³³ no está deslegitimado en los estándares internacionales, a condición de que exista efectiva oportunidad de emprender, en cualquier etapa, una vía alternativa a la judicial, que es la preferible y tiene primacía cuando de niño transgresor se habla. Y este es el primer elemento restaurativo –pero no el único- que debe contener el proceso judicial.

Descartada en el caso concreto esa vía alternativa, cabe afrontar el proceso judicial conjugando otros elementos restaurativos que se desprenden de los estándares antes mencionados. No encontrarán un ámbito común para ponerse de acuerdo, pero la policía, el fiscal y el tribunal, cada uno a su tiempo, deben hacerlo posible de manera que el proceso se impregne de un nuevo sentido que lo humanice – para lo cual no bastan las garantías que corrientemente se reconocen- y mantenga viva la expectativa de desjudicialización tan pronto se lo advierta que es viable.

En esa dirección, hay estándares internacionales que favorecen ese nuevo trato en el marco del proceso judicial. Así sucede con las Reglas de Brasilia³⁴, que fijan directrices para el acceso a la justicia de personas vulnerables, y que por esto se refieren tanto al agente del delito, que por su edad y condición es vulnerable de suyo, como a la persona víctima de su obrar y al entorno social que vive este quebrantamiento de la ley como supuesto básico para el orden y la paz. Las disposiciones para favorecer que cada uno de los partícipes tengan su lugar y se le respeten todos sus derechos, y que la comunidad tenga también su presencia merced a una cultura jurídica cívica que lo promueva, están exigiendo que el proceso trascienda el formalismo de un ritual muchas veces estereotipado y cobre modalidades que lo hagan flexible para servir a esa línea axial que sirve a la justicia restaurativa: responsabilización, reparación y revinculación.

Siguiendo la Ley Modelo antes citada, este nuevo trato debe hacerse realidad antes del juzgamiento, en el juicio, y en la ejecución de las medidas dispuestas. Es que en cualquier tiempo del proceso judicial la autoridad pública debe actuar con un sentido integral e integrador. Debe considerar a todos los involucrados, cada uno en el lugar que la ley le asigna, y siempre con el ánimo de reducir tensiones, armonizar intereses y procurar que, pese al delito, todos se conduzcan con humanidad, como miembros del mismo entramado social que hay que reconstituir.

³³ Ver la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (O.N.U.).

³⁴ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Brasilia (2008)).

La intervención policial pondrá su mayor cuidado en la atención amigable y la información pertinente a quien denuncia, a quien es la supuesta víctima, al que es sindicado como autor o participe en la perpetración de un delito, y a cualquier otra persona que concurra como interesada. El sigilo que cubre en muchas partes el primer tramo de la investigación no debe ser óbice para que cada una de las personas involucradas sepa qué es lo que está en marcha y a qué debe atenerse.

El fiscal o el juez, según el momento que toca a cada uno, deben suscitar la empatía en el adolescente justiciable con la cooperación de equipos técnicos consustanciados con la misma finalidad. No es que deban arrancar una confesión al mismo –que sería una manifestación de barbarie- sino procurar que comprenda el porqué del proceso y de la repercusión que el delito que se le atribuye tiene en los demás, lo acepte como un medio civilizado de dirimir el conflicto de ley penal y, si la prueba reunida va debilitando su pretensión defensiva, pueda también aceptar con madurez las consecuencias –aun las cautelares durante el mismo proceso- y ofrecer gestos de reconciliación que tiendan a reparar el mal y a recuperar su inserción social.

Igualmente en lo que concierne a los demás interesados, convocándolos a comprender la índole del proceso judicial, no como un campo de batalla que estimula la sed de venganza y a la postre puede causar mayores heridas a quien ha sido víctima y a los demás afectados por el delito –como suele suceder cuando adviene una absolución inesperada por insuficiencia de pruebas- sino como una oportunidad para que un hecho antijurídico se esclarezca en homenaje a la verdad y a la justicia, fines a los que ellos mismos deben contribuir responsablemente, cada uno dentro de sus posibilidades, y aceptar la decisión judicial última como instrumento de pacificación social si no hubiera una salida extrajudicial.

Ante la inminencia del juicio, es loable que el tribunal invite a las partes a un acuerdo, sea extrajudicial por alguno de los mecanismos de avenimiento disponibles, aunque sujeto a plazo para evitar dilaciones que desnaturalicen la administración de justicia como función estatal, sea judicial cuando las normas procesales lo admiten para evitar el desgaste de la controversia con todas sus asperezas y anticipar la conclusión del proceso.

Empero, la mayor incidencia del enfoque restaurativo reside en las medidas a aplicar en consecuencia, ya no a modo de justicia para el transgresor como en los enfoques precedentes, parcializantes en la retribución o en la tuición, sino como justicia integral para la incidencia social que importa cada delito, tanto las que tienen el

nombre o el carácter de socioeducativas como las que las leyes regulan propiamente como penas juveniles. En unas y otras debe impactar con la asignación de un nuevo sentido, una resignificación: con una visión de conjunto que tienda a convertirlas en agentes de cambio, de reconstitución social en todos sus aspectos.

Como se trata de medidas judiciales al cabo de un proceso, este nuevo sentido debe permitir que en cualquier momento puedan dejar paso a la apertura de una vía extrajudicial de recomposición que las torne innecesarias³⁵.

Luego, y de mantenerse en ejecución, que respondan a los lineamientos que establecen los estándares internacionales en la materia, como los que están en las Reglas de Tokio³⁶, de La Habana³⁷ y de Bangkok³⁸. De ellas se desprenden, a mi ver, ideas-fuerza que deben impregnar la etapa de ejecución y que pueden expresarse como sigue:

- 1.- La respuesta al delito debe ser civilizadora. Al acto de barbarie hay que responder con un acto de humanidad hacia su autor.
- 2.- El adolescente transgresor es vulnerable por su edad, pero su vulnerabilidad se incrementa en situaciones específicas: cuando está privado de libertad, cuando es mujer, o cuando pertenece a minorías que están socialmente postergadas.
- 3.- El adolescente transgresor es un sujeto de derecho, por lo que las medidas provisorias durante el proceso, y las que se dispongan en la sentencia, deben respetar cabalmente sus derechos, sin discriminación, garantizando la asistencia de un abogado y la concurrencia de sus padres o guardadores.
- 4.- Las medidas deben servir a la reintegración social del adolescente mediante la recuperación de la confianza perdida y la recomposición de los lazos familiares y sociales afectados por la transgresión.
- 5.- La reintegración social puede lograrse mediante el equilibrio entre el adolescente transgresor, los derechos de quien es víctima y el interés social en juego, y por eso todos deben participar en la determinación de las medidas y en su ejecución.

³⁵ Así lo permite, por caso, la legislación española que regula la responsabilidad penal de los menores de edad (LORRPM, Ley Orgánica 5/2000, art. 51.3).

³⁶ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, O.N.U., 1990.

³⁷ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, O.N.U., 1990.

³⁸ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, O.N.U., 2011.

6.- El trato a los adolescentes transgresores no admite discriminación, por lo que su situación debe ser al menos la que se prodiga al adulto, y con las especificidades que exigen su edad y su género.

7.- La respuesta al transgresor adolescente debe ser individualizada, por lo que las medidas deben atender integralmente su situación personal, familiar y social.

8.- La reintegración social debe alcanzarse en libertad, razón por la cual las medidas privativas de libertad sólo operan como excepción, en caso de absoluta necesidad, al modo de último recurso y por el menor tiempo posible.

9.- El adolescente transgresor tiene derecho a que la legalidad, la razonabilidad y la duración de las medidas sean revisables por la autoridad que las dispuso y por autoridad superior a modo de control.

10.- La medida privativa de libertad debe satisfacer el fin de reintegración social en un ámbito adecuado y mediante actividades útiles de educación, capacitación laboral y esparcimiento, garantizándose al interno la atención de su salud, la comunicación con su familia y la información sobre lo que es de dominio público.

Estimo importante que el adolescente, su víctima y la sociedad involucrada sean oídos previamente para una mejor determinación, algo desconocido para los modelos de justicia juvenil precedentes. Asimismo, que las medidas que escoge la autoridad deban conformar un plan individual que atienda a las capacidades, intereses e inquietudes del adolescente, siempre presidido por el principio de flexibilidad que permita la revisión y los ajustes en cualquier tiempo porque lo que está en juego no es la satisfacción de un sistema, por perfecto que sea, sino la evolución personal del destinatario y su reintegración social con especial consideración hacia quienes han sido afectados por su delito.

VI.- CONCLUSIÓN

El enfoque restaurativo surge, pues, como una *síntesis* entre las visiones parciales que ofrecen quienes pugnan por la restablecimiento del orden jurídico (retribucionistas) y los que lo hacen por la reintegración del sujeto transgresor (tutelaristas), ya que propone una restauración integral, comprensiva del todo que hay en un delito como ruptura de la convivencia. Exhibe así virtudes cuyo desarrollo impulsa una nueva justicia juvenil, y seguramente la trascenderá para erigirse en un nuevo paradigma de la justicia penal para la era que vivimos.

Sin poner en cuestión la gravitación que el Estado tiene como artífice del orden social, deja atrás la estrechez de la retribución penal, incluso la garantista, y la endeblez de la tutela que frustra las expectativas sociales so pretexto de protección, y permite a la sociedad recobrar su protagonismo en el restablecimiento del orden cuando es vulnerado, en la reafirmación de la supremacía que la ley debe tener ante quienes se alzan pretendiendo imponer su voluntad individual o sectorial, mas no al modo de la persecución implacable contra el transgresor ocasional o habitual, o de la lenidad irritante que brota de la sobreprotección que mira al culpable, sino tendiendo puentes para la recuperación del tejido social que daña el delito. Una manera de remontarse de *Némesis* a *Themis*, de restaurar la justicia mítica original.

BIBLIOGRAFÍA

- Alemany García, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Obtenido en:
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/concepto-y-fundamentacin-del-paternalismo-juridico-0/> .
- Beloff, M. (2017). *Nuevos problemas de la justicia juvenil*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Beloff, M. (2016). *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- Carranza E. & García Méndez, E. (1990). *Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Ceretti, A. (2008). *El horizonte artificial, Problemas epistemológicos de la criminología*, Montevideo-Buenos Aires: Ed. B. de f (traducción de S. Buso, del original 1992).
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Ed. Siglo XXI (traducción de Horacio Pons , del original 2003).
- Fellini, Z. & otros (2002). *Mediación Penal. Reparación como Tercera vía en el Sistema Penal Juvenil*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis – Depalma.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón* Madrid: Ed. Trotta (traducción de P. Andrés Ibáñez, del original 1989).
- García Méndez, E. & otros (2001). *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- González del Solar, J. (1986). *Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- González del Solar, J. (2015). *Derecho de la Minoridad*. Córdoba, Argentina: Ed. Mediterránea.
- Herszenbaun, M. (2018). *La teoría del castigo en el pensamiento jurídico de Hegel*. *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, 27, 45-75. Obtenido en:
<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/download/4018/2540>.

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2004). *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni
- Lesch, H. (2016) *El concepto de delito. Ideas fundamentales de una revisión funcional*. Madrid-Buenos Aires: Ed. Marcial Pons (traducción de J. Gemignani, del original 1999).
- Maritain, J. (1981). *Lecciones Fundamentales de Filosofía Moral*, Buenos Aires: Ed. Club de Lectores (traducción de M. Bergadá, del original 1951).
- Matza, D. (2014). *Delincuencia de deriva. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI (traducción de Teresa Beatriz Arijón, del original 1990).
- Platt, Anthony (1982). *Los Salvadores del Niño, o la Invención de la Delincuencia*. México: Ed. Siglo XXI (traducción de F. Blanco, del original 1977).
- Ramos Mejía, E. (2015). *La teoría del delito desde von Liszt y Beling a hoy*. *Idearium*, 4/5, 15-24. Obtenido en: <http://www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/view/697/678>.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (2016). *Metafísica jurídica realista*. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons.

AGRADECIMIENTOS

Al terminar, deseo expresar mi agradecimiento a la Universidad de Ginebra y a la Fundación “Terre des Hommes”, sin cuyo concurso a través del CAS 2017/2018 no habría asomado a esta nueva perspectiva de justicia juvenil, tan promisoría para nuestra región y su realidad social.

También, y muy especialmente, a Virginia Domingo de la Fuente, una reconocida especialista en el enfoque restaurativo, por su apoyo y acompañamiento como tutora y amiga durante todo el CAS, y por sus valiosas sugerencias para la elaboración de este trabajo final.