



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS
EMPRESARIALES Y SOCIALES**

**Tesis de Maestría en
Ciencias Criminológico - Forenses**

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UNA
ALTERNATIVA AL SISTEMA
PENITENCIARIO BRASILEÑO. EL CASO DE
SÃO PAULO.**

Presentado por:
Lic. Rodrigo Ferrini da Rocha Costa

Tutora:
Dra. María Evangelina Trebolle

Buenos Aires, 2019

A mis padres, Silsonmar da Rocha Costa y Corina Ferrini da Rocha Costa.

A mi hija Alice Pinheiro da Rocha Costa.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres y a mi familia por todo el apoyo y la fuerza que me han brindado para enfrentar este desafío.

A mi novia Marina Spatti Marineli por todo el aliento y la paciencia a lo largo de este trayecto.

A mi hija Alice Pinheiro da Rocha Costa, una fuente inagotable de inspiración y amor.

A mi consejera María Evangelina Trebolle, por mostrarme la importancia de una alternativa al modelo de castigo actual lo cual originó la redacción de este trabajo.

A UCES, por brindarme la posibilidad de tener a docentes de excelencia con una admirable sabiduría y conciencia social.

«La lentitud de la justicia suaviza la pena y nos hace pensar que el crimen compensa.»
Anónimo.

RESUMEN

El presente trabajo tuvo como objetivo general evaluar las ventajas de la aplicabilidad, función y ejecución de la justicia restaurativa como alternativa a las penas privativas de libertad. A menudo, el derecho penal mínimo pasa desapercibido frente al derecho penal sancionador, que es el que mayormente sostiene la sociedad aunque no vislumbre ya más soluciones a la criminalidad creciente y, por lo tanto, implementa soluciones rápidas o paliativas. Por lo tanto, el derecho penal máximo no muestra reducción de la criminalidad y la aplicación de la norma se muestra cada vez más banalizada, con el consiguiente descrédito en su función de prevención general frente a distintos casos penales que incluyen castigos con extensiones considerables. En varias ocasiones, es posible que una petición de disculpas confiera más beneficios a los involucrados, más allá de evitar el movimiento de todo el aparato judicial.

En la presente investigación se abordó el papel del facilitador, que puede ser ejercido por alguien con el conocimiento técnico científico de un área específica, así como por el individuo común, entrenado y supervisado durante prácticas iniciales, con la finalidad de verificar su capacidad para el ejercicio de la función. A su vez, intentamos identificar si la justicia restaurativa, como alternativa a las sanciones impuestas, trae como beneficio mayor una menor reincidencia y una resocialización más adecuadas. Por último, en vinculación con la legalización de la justicia restaurativa, se analizó el Decreto N° 74 del 12 de agosto de 2015 y la Resolución N° 225 del 31 de mayo de 2016, y los trabajos que los preceden, en Rio Grande do Sul de la República Federativa del Brasil.

Palabras clave: Justicia restaurativa - Sistema penitenciario - Reincidencia - Resocialización.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral avaliar as vantagens da aplicabilidade, função e execução da justiça restaurativa, como alternativa às penas privativas de liberdade. O Direito Penal mínimo muitas vezes é esquecido frente ao direito Penal sancionador, sustentado pela sociedade que não vislumbra mais soluções para a criminalidade crescente e, assim, aceita qualquer resposta rápida e forte, mesmo que traga, na prática, apenas uma ilusão de segurança. Assim sendo, o Direito Penal máximo não mostra redução na criminalidade e a aplicação da norma se mostra cada vez mais banalizada, com descrédito em sua função de prevenção geral, frente a tantos tipos penais, penas altíssimas e tanta impunidade. Em muitas situações, um mero pedido de desculpas confere mais benefícios aos envolvidos e evita com que se mova todo o aparato judiciário.

Na presente investigação, foi abordado o papel do facilitador, que pode ser exercido por alguém com o conhecimento técnico científico de uma área específica, bem como pelo indivíduo comum, treinado e supervisionado durante práticas iniciais, a fim de verificar sua capacidade de exercer a função. Foi verificado também que a justiça restaurativa, como alternativa às sanções impostas traz como benefício maior como uma menor reincidência e uma ressocialização mais adequada e comprovada. Por fim, com relação a legalização da justiça restaurativa, analisou-se o decreto N° 74 de 12 de agosto de 2015 e a Resolução N° 225 de 31 de maio de 2016 e os trabalhos que os precedem, no Rio Grande do Sul, um dos principais laboratórios experimentais nesta matéria na República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa – Sistema Carcerário– Reincidência – Ressocialização.

ABSTRACT

The objective of this study was to evaluate the advantages of the applicability, function and execution of restorative justice as an alternative to custodial sentences. Minimum criminal law is often overlooked in criminal sanctions, sustained by society that sees no solution to growing crime and thus accepts any quick and strong response, even if it brings in practice only an illusion of security. Thus, maximum criminal law does not show a reduction in criminality and the application of the norm is increasingly trivialized, with discredit in its general prevention function, facing so many criminal types, high penalties and so much impunity. In many situations, a mere apology gives more benefits to those involved and avoids the move of the entire judiciary.

In the present investigation, the role of the facilitator, which can be exercised by someone with the scientific technical knowledge of a specific area, as well as by the common individual, trained and supervised during initial practices, was examined in order to verify their ability to perform the function . It was also verified that restorative justice, as an alternative to imposed sanctions, brings as a greater benefit such as a lesser recurrence and a more adequate and proven resocialization. Finally, with regard to the legalization of restorative justice, we analyzed the Decree No. 74 of August 12, 2015 and Resolution No. 225 of May 31, 2016 and the work that precedes it, in Rio Grande do Sul, one of the main laboratories in this field in the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Restorative Justice - Prison System - Recidivism - Resocialization

ÍNDICE GENERAL

1. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Introducción al problema	1
1.2. Justificación	1
2. OBJETIVOS	5
2.1. Objetivo general	5
2.1.1. Objetivos específicos	5
2.2. Organización y estructura	5
3. MARCO TEÓRICO	7
3.1. Concepto y breve cronología de la Justicia Restaurativa	7
3.2. Sobre la finalidad de las penas	10
3.3. La Justicia Restaurativa	14
3.3.1. El caso de Nueva Zelanda	17
3.4. Evolución de la Justicia Restaurativa en el Sistema brasileño	18
3.5. Principios relacionados a la Justicia Restaurativa	19
3.5.1. Principio de la Dignidad de la Persona Humana	20
3.5.2. Principio de la Intervención Mínima	22
3.5.3. Principio de la Proporcionalidad	24
3.5.4. Principio de la Responsabilidad Personal	26
3.5.5. Principio del Debido Proceso Legal	26
3.5.6. Principio de la Contradicción	27
3.5.7. Principio de la Defensa en Juicio	28
3.6. Aplicabilidad de la Justicia Restaurativa	29
3.6.1. Mediación	30
3.6.2. Delitos abarcados por la Justicia Restaurativa	31
3.6.3. Efectos penales y procesales penales	31
3.6.4. Principales prácticas restaurativas	32
3.6.4.1. Apoyo a la víctima	33
3.6.4.2. Mediación víctima - ofensor	33
3.6.4.3. Audiencia restaurativa	34
3.6.4.4. Círculos de Sentencia y Cura	34

3.6.4.5. Comités de Paz	35
3.6.4.6. Concejo de Ciudadanía	35
3.6.4.7. Servicio Comunitario	36
3.7. Temas actuales del Derecho Penal frente a la Justicia Restaurativa	36
3.7.1. Derecho Penal del Enemigo	36
3.7.2. Criminología Crítica	37
3.7.3. Derecho Penal Mínimo	39
3.7.4. Abolicionismo Penal	40
3.7.5. Justicia Restaurativa vs. Justicia Retributiva	44
3.7.6. Justicia Restaurativa y mediación para adolescentes en conflictos con la ley	45
3.7.6.1. Mediaciones y su vínculo con el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley	58
3.8. Resolución 2002/12 de la ONU. Los principios básicos para la implementación de los programas de Justicia Restaurativa	66
3.8.1. Directrices de la Resolución 2002/12	67
3.8.2. Principios básicos de la Resolución	68
3.8.3. Funcionamiento de los programas de Justicia	70
3.9. Índices de Proyectos de Justicia Restaurativa	72
3.9.1. Proyecto Piloto de São Caetano. Justicia, educación y comunidad: alianza para la Ciudadanía	72
3.9.2. Proyecto piloto Guarulhos	73
3.9.3. La implementación de la Justicia Restaurativa en las escuelas públicas de San Pablo: estudio de sus efectos en Heliópolis y Guarulhos	76
3.9.4. Proyecto piloto Salvador de Bahía. Núcleo 107.	78
3.9.5. Proyecto piloto en Porto Alegre: Justicia para el siglo XXI	79
3.9.6. NECRIM. San Pablo	80
3.10. Métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito penal argentino	81
3.10.1. Resolución 81/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina	82
3.10.2. El diálogo como instrumento para la resolución de conflictos como finalidad para la colaboración entre organismos	84

3.10.2.1. Objetivos y métodos del Programa Marcos Paz	86
4. METODOLOGÍA	88
4.1. Unidades de análisis	89
4.2. Variables	89
4.2.1. Subvariables	89
4.3. Criterio de selección de casos	89
5. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	91
5.1. Sobre el uso del concepto de Justicia restaurativa	92
5.2. Diferencias esenciales entre justicia restaurativa y justicia retributiva	93
5.3. Temas actuales sobre justicia restaurativa	95
5.4. Los adolescentes en conflicto con la ley. Una reflexión sobre la región latinoamericana.	97
5.4.1. Mediación y Prácticas restaurativas	100
5.5. Avances en el Sistema Penal Argentino en materia de justicia restaurativa	102
5.6. Justicia restaurativa en Brasil	103
5.6.1. Proyectos pilotos en ciudades brasileñas	105
5.6.1.1. Proyecto Piloto de São Caetano. Justicia, educación y comunidad: alianza para la Ciudadanía	106
5.6.1.2. Proyecto Piloto de Guarulhos	106
5.6.1.3. La implementación de la Justicia Restaurativa en las escuelas públicas de San Pablo: estudio de sus efectos en Heliópolis y Guarulhos	108
5.6.1.4. Proyecto piloto en Porto Alegre: Justicia para el Siglo XXI	109
5.6.1.5. NECRIM - San Pablo	110
5.7. Resolución 2002/ 12 de la ONU	111
6. CONCLUSIONES	112
7. REFERENCIAS	114
7.1. Bibliografía consultada	114

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Introducción al problema

Teniendo en cuenta el actual sistema de penas y castigos, observamos que este presenta un significativo deterioro y descrédito debido a que no ha demostrado reducir la criminalidad ni mejorar la resocialización de los individuos que han cometido algún delito. Es decir, la decadencia de la pena de prisión es tal que sus objetivos principales y más dignos, es decir, la prevención del crimen y la resocialización del individuo, no se cumplen.

La justicia restaurativa, frente a este escenario, adquiere una relevancia sobresaliente a partir de la constatación de que la imposición de penas mayores no disminuye la delincuencia y solo genera una población carcelaria más numerosa. Aplicar el derecho penal con severidad ante cualquier ofensa no demuestra resultados óptimos, en tanto que consideramos que la justicia restaurativa sí podría hacerlo.

Con la finalidad de ilustrar lo anterior, en varias ciudades de Brasil, tales como São Caetano do Sul, Guarulhos, São Paulo, Salvador de Bahía, entre otras, han sido implementados varios proyectos con resultados que no pueden ser ignorados por un sistema penal moderno y eficiente. A propósito, hemos recopilado índices de acuerdos entre partes respecto del cumplimiento de lo estipulado, y hasta de reinserción efectiva y duradera de los acusados en la sociedad, con la finalidad de evaluar y de proponer una alternativa que se constituye como una de las más viables e interesantes, no solo porque significaría una verdadera reducción de la delincuencia y de la población carcelaria, sino también una disminución de la estigmatización de las partes involucradas y una solución más justa y adecuada de los conflictos.

1.2. Justificación

A partir del ejercicio profesional del autor, y en vistas de la exploración de distintos documentos, en la práctica, la pena privativa de libertad se traduce en índices de reincidencia atemorizantes, costos significativos para el Estado, afrentas

claras a la dignidad de la persona humana en el cumplimiento de la pena, efectos sociológicos y psicológicos nefastos y una actividad delictiva creciente. Lo antes mencionado constituye un conjunto de factores que hace que quienes ejercen el derecho se esfuercen por buscar alternativas al sistema penitenciario vigente. Entre algunas otras, se destaca la justicia restaurativa.

De forma más específica, el interés en el tema surgió de los servicios prestados en uno de los Centros Educativos de la Secretaría de Trabajo y Desarrollo Social del Estado de São Paulo, donde los adolescentes, en conflicto con la ley son internados por determinación del Tribunal de Niños y Jóvenes.

El trabajo en los centros de detención consiste en acompañarlos a las audiencias, proporcionar información solicitada por el sistema de justicia juvenil, y observar el progreso de cada proceso para aclarar posibles dudas del adolescente o su familia.

La experiencia laboral ha ampliado un enfoque anterior no desde una perspectiva anclada en el derecho penal, sino también desde una mirada sociológica respecto de las personas involucradas, sus experiencias y sus relaciones.

Aunque actualmente la internación de los adolescentes y jóvenes se implementa con el propósito de reeducarlos y socializarlos, en la mayoría de los casos, ellos y su familia reciben la medida como un mero castigo, o incluso como una injusticia.

La experiencia de la hospitalización (o internación) a menudo es trivializada por los adolescentes quienes la atraviesan sin construir un nuevo proyecto de vida y redirigir sus acciones para mejorar su relación con el entorno social aun luego del trabajo realizado por la institución, la cual tiene el servicio de profesionales como psicólogos, trabajadores sociales y pedagogos.

Por lo general, el adolescente no sabe nada sobre el contexto de la vida del ofendido y viceversa. E incluso cuando tienen algún tipo de relación continua (trabajo, escuela, vecindario, etc.), ambos se centran solo en el delito que ocurrió y la sentencia inminente, de modo que incluso después del cumplimiento de la medida socioeducativa, en algunas situaciones, el conflicto subyacente que la infracción no termina, pero puede extenderse a represalias mutuas.

La víctima del delito adopta una postura de resentimiento y pasividad en el conflicto, y no tiene ningún momento de diálogo con el delincuente para que este último pueda brindarle la oportunidad de conocer su vida, su historia, expresarse y,

en algunos casos, incluso reconocer las posibles contribuciones que ha realizado al resultado del conflicto.

El adolescente abandona el centro de detención con la identidad personal y social de delincuente como un rótulo taxativo. Como generalmente asume esa identidad, ignora la determinación de cumplir con la libertad asistida y determinada en la corte para organizar su regreso a la vida social. En líneas generales, el incumplimiento de dicha determinación lo lleva nuevamente a la reincidencia en el delito y su consecuente arresto. Es decir, asumir el rótulo de delincuente también podría llevarlo a la práctica continua de otros delitos y, en consecuencia, a nuevas admisiones y a la entrada en el mundo del crimen en la edad adulta.

Además de las observaciones realizadas en el lugar de trabajo, el autor ha realizado un posgrado denominado «Jóvenes en conflicto con la ley», el cual le proporcionó el conocimiento del concepto de mediación, así como la profundización teórica de estos estudios que lo condujeron al conocimiento en profundidad de la justicia restaurativa entendido como un nuevo paradigma, como una alternativa al sistema punitivo.

Como podemos ver, tanto la experiencia profesional y laboral como la teoría y los abordajes académicos hicieron que el autor reflexionara sustancialmente sobre la problemática del adolescente en conflicto con la ley en Brasil y se propusiera hacer una investigación que la abordara.

Respecto de la definición de los términos, vale la pena recordar que el Estatuto del Niño y el Adolescente considera que la conducta descrita en el derecho penal como delito o delito menor es de todos modos un delito, y establece, en todo su Art. 112, y en los párrafos I a VI del Art. 101, las medidas socioeducativas que pueden aplicarse a los adolescentes en conflicto con la ley.

Por otro lado, respecto de la medida socioeducativa en la institución en donde quedan internados, la Constitución Federal de 1988 establece, en su Art. 227, ítem V, la obediencia a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición de persona en desarrollo, cuando se trata de adolescentes ante cualquier forma de privación de su libertad.

El Estatuto del Niño y el Adolescente, en su Art. 122, establece que «bajo ninguna circunstancia se aplicará la internación en tanto haya otra medida apropiada para el adolescente» y que la internación solo se puede aplicar cuando este haya infringido la ley mediante una amenaza grave o violencia a la persona, si reincidió en

la comisión de otras infracciones graves, si incumplió reiterada o injustificadamente la medida impuesta previamente.

Es importante tener en cuenta que, según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), en 2006, Brasil tenía 34870 adolescentes responsables de delitos que cumplían algún tipo de medida socioeducativa.

La relevancia de la presente investigación radica en que propone una alternativa viable al sistema retributivo actual. Esta propuesta desvirtúa la permanencia en la cárcel y analiza una alternativa a la pena de prisión que contempla especialmente el principio de la dignidad de la persona humana, el cual en numerosas ocasiones es desestimado en los presidios. De esta forma, evaluamos la eficiencia y la eficacia de la justicia restaurativa cuyo objetivo no es solo la satisfacción del Estado, quien detenta el monopolio del poder punitivo, sino también buscar beneficios a largo plazo para las otras partes involucradas en el litigio, teniendo en cuenta qué tipo de delito se cometió y cuáles son sus implicancias para la víctima, la sociedad y el ofensor.

En síntesis, lo que en el presente estudio proponemos es un proceso voluntario y relativamente informal en el cual pueden utilizarse diversas técnicas de mediación, de conciliación y de transacción para alcanzar el resultado restaurativo, es decir, un acuerdo con el objetivo de suplir las necesidades individuales y colectivas de las partes, y así lograr la reinserción social de la víctima y del infractor.

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo general

Evaluar la justicia restaurativa como alternativa al sistema penitenciario brasileño.

2.1.1. Objetivos específicos

Determinar las características de la Justicia restaurativa;

Evaluar la justicia restaurativa como alternativa a la justicia tradicional;

Describir los aspectos negativos del sistema penitenciario.

2.2. Organización y estructura de presentación

Con la finalidad de exponer la temática abordada con la mayor legibilidad posible, esta investigación está estructurada en siete partes:

En la primera sección, podremos acceder a la introducción de la problemática que constituye el objeto de estudio de este trabajo, la justificación de la elección en las que se incluyen datos estadísticos, la formación académica y laboral del autor y las aristas de relevancia e interés para el presente análisis.

En la segunda sección está expresado el objetivo general y los objetivos específicos de esta investigación. A su vez, se puede apreciar la organización del texto.

En la tercera sección, se presenta el marco teórico de la especificidad de los temas relacionados con la justicia restaurativa y que son abordados en este trabajo que se presenta como tesis de maestría. El autor se sirve del respaldo de las palabras autorizadas de Doctores y juristas como Nilo Batista, Mario Cappelletti, Howard Zher, Guilherme de Souza Nucci y Eugenio Zaffaroni, entre otros especialistas.

Además, en este apartado se presentan los diferentes principios que incluye la justicia restaurativa, así como la implementación en países como Nueva Zelanda y Argentina (a modo de comparación). A su vez, se presenta en esta sección la descripción y algunos resultados de pruebas piloto aplicadas en algunas ciudades de Brasil como Guarulhos y Salvador de Bahía.

En la quinta sección, y antes de finalizar, el autor realiza un análisis de lo expuesto con base en una lectura crítica de las aristas más específicas de la justicia restaurativa. Para lograr una mayor claridad de los conceptos, esta sección está subdividida y contiene apreciaciones objetivas respecto de los espacios de aplicación de la justicia restaurativa y los avances al respecto.

En la sexta sección, podremos ver las conclusiones finales de esta investigación y que se ajustan al recorte específico que se ha hecho para la realización de este trabajo.

Por último, en la séptima sección, detallamos la bibliografía completa que se ha utilizado para realizar esta tesis de maestría en ciencias criminológico - forenses.

3. MARCO TEÓRICO

3.1. Concepto y breve cronología de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa surge como consecuencia de la imposibilidad evidenciada por el modelo represivo para superar la crisis del sistema punitivo. Al ser de naturaleza complementaria, debe entenderse como en una alternativa para ciertos casos.

El Doctor y profesor Nilo Batista (2010) afirma que la justicia restaurativa es un instituto viabilizador del acceso a la justicia en el ámbito penal, cuya finalidad es disminuir la proliferación de delitos por medio de la comunicación para restaurar así los daños producidos por el acto delictivo. De esta forma, se actúa tanto con las personas involucradas en la infracción como con quienes componen el entorno de estas.

De este modo, justicia restaurativa surge en contraposición a la concepción tradicional de la justicia penal: la justicia punitiva-retributiva. La idea de restauración (*creative restitution*), pilar de la justicia restaurativa, fue formulada por el psicólogo norteamericano Albert Eglash, quien dedicó gran parte de su carrera profesional a la atención de personas privadas de su libertad. El concepto de justicia restaurativa fue plasmado en un artículo intitolado «Beyond Restitution: Creative Restitution» para una ponencia celebrada hacia mediados de 1970. Luego, fue publicado en la obra *Restitution in Criminal Justice*, de Joe Hudson y Burt Gallaway (1977). Esta visión de la justicia propone un nuevo paradigma respecto de los objetivos planteados y se concibe al delito como una violación a la persona y a las relaciones interpersonales. Así, la búsqueda de la justicia debe estar basada en la restauración de esas violaciones, es decir, en la reparación de los daños causados no solamente a la víctima, sino también a la sociedad, al ofensor y a las relaciones interpersonales. En contraste, la justicia punitiva-retributiva considera al delito como una mera violación de la norma estatal. Siguiendo esa lógica, y como reacción a la conducta inapropiada, corresponde la imposición de una pena. Como podemos ver, existen dos figuras del Estado que ocupan el lugar central: las de la pena y de la atribución de la culpa como forma de compensar las consecuencias del delito.

Este «cambio de lentes», sugerido por Howard Zehr (1990) en relación al acto delictivo y sus consecuencias, apunta a un procedimiento de aproximación, a una relación dialógica (directa o indirecta), consensual y voluntaria entre la víctima, el ofensor y la comunidad. De esta forma, y en primer lugar, se identifican las necesidades de cada una de las partes. En segundo lugar, se procede al tratamiento de aquello que se ha detectado.

Consideramos que la justicia restaurativa es un modelo más adaptado al sistema del *common law* (es decir, el derecho angloamericano) debido a la vigencia del principio de la oportunidad. Respecto del modelo brasileño, el cual es más tradicional y con una estructura menos flexible a la recepción del tipo de justicia propuesto en este trabajo, cuenta con principios jurídicos que se contraponen a la restauración, tales como la indisponibilidad de la acción penal, que dificulta la posibilidad de conciliación, mediación y reuniones colectivas en el ámbito penal.

Con esta propuesta alternativa de justicia penal podemos justificar una búsqueda de la resocialización del ofensor: el agente debe reconocer su error y asumir la responsabilidad derivada de las consecuencias de su acto. Así, la justicia restaurativa procura «sanar» las consecuencias del delito.

Como hemos mencionado, la idea de justicia restaurativa como un modelo de solución de conflictos surge en la década de 1970, y se implementa en países como Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica, Argentina, Colombia y Brasil, entre otros (Saliba, 2009). La formulación de este término es atribuida a Albert Eglash, un psicólogo estadounidense que dedicó gran parte de su carrera profesional a la atención de los detenidos. En el trabajo que aborda el concepto de justicia restaurativa, muestra cómo el comportamiento delictivo es perjudicial para las víctimas, y qué actitudes se podrían adoptar para reparar los daños causados. De esta forma, Eglash desarrolló una investigación basada en ese trabajo y la presentó en 1975 en el Primer Simposio Internacional sobre Restitución que tuvo lugar en Minnesota, Estados Unidos. Esta investigación y las demás ponencias presentadas en el simposio fueron compiladas en el libro *Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions*, editado por Joe Hudson y Burt Galway y publicado en 1977.

En la misma década, el reconocido abogado italiano Mauro Cappelletti publicó su libro *Access to Justice* (1979), en el cual se refiere al acceso a la justicia como requisito fundamental de un sistema jurídico moderno e igualitario que

garantiza derechos a todos los ciudadanos. En un contexto de universalización del acceso a la justicia, el autor destaca la importancia de la justicia participativa y de la disminución de la exigencia de formalidades en el proceso. Así, Cappelletti definió una tercera ola de acceso a la justicia que se basa no solamente en la estructura del Poder Judicial, sino también en el conjunto de instituciones, mecanismos, personas y procedimientos utilizados para juzgar e incluso prevenir disputas en las sociedades modernas.

Howard Zehr es el autor más notable en el área de la justicia restaurativa. A finales de la década de 1970, formó parte de un movimiento para promover la Justicia restaurativa, realizando diversos eventos internacionales dedicados al tema. En 1990 publicó *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, obra que se tornó una referencia en las investigaciones sobre el asunto, en la cual propone una nueva forma de analizar los delitos y su punición.

Como podemos observar, la propuesta de una justicia restaurativa no es una creación de la modernidad, o bien, de la posmodernidad, puesto que la restauración es un proceso que tuvo lugar en las sociedades más antiguas y que aún se encuentra vigente cuando se tratan diferentes temáticas de índole colectiva.

No obstante, cabe aclarar que, en la modernidad, ya con la estructura actual de Estado, fue concebida sobre la base de las enseñanzas de Hobbes, Rousseau y Locke y en la concentración de la resolución de los conflictos con la razón iluminista, la cual sepultó cualquier forma de resolución de litigios por métodos no científicos (Saliba, 2009). Aún así, y a pesar de que se presenta como la única opción concreta para la resolución de determinados delitos, a lo largo del tiempo, el encarcelamiento de las personas como castigo se ha mostrado ineficaz, por lo cual es necesario buscar, estudiar y, fundamentalmente, experimentar otras vías como es el caso de la justicia restaurativa.

En vistas de esta fundamental y concisa reposición histórica, los primeros preceptos de la materia se originaron en lo que se conoció como Justicia Comunitaria. Mediante su aplicación, se implementaban técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos menos graves, los miembros de las respectivas comunidades tenían libertad para resolver esa clase de conflictos, y el Estado quedaba al margen de esas cuestiones.

Con la finalidad de sostener lo antes expuesto, y de acuerdo con la jurista Rafaella Pallamolla (2009), la justicia comunitaria, a pesar de no requerir la

movilización del aparato estatal, utilizaba técnicas no legales y primitivas, muchas veces violentas como una especie de venganza de la comunidad hacia el infractor.

3.2. Sobre la finalidad de las penas

Resulta imposible estudiar la evolución de las penas desde sus orígenes sin recurrir específicamente al Derecho Penal, debido a que con el surgimiento de esta rama del derecho que se ocupa del tratamiento de los delitos o infracciones, surge también la punición como acción y como categoría de análisis.

El derecho penal suele ser definido como la rama del Derecho Público positivo que establece que se considera delito y qué se considera contravención para así establecer las penas y las medidas de seguridad idóneas para cada caso. No obstante, antes del derecho positivo existió un derecho penal, pero en aquella versión agreste, se basaba en la costumbre y los castigos eran establecidos respecto de las fuerzas individuales de las víctimas y sus parientes. Podríamos decir que era una época de una venganza privada.

Para respaldar lo antes mencionado, el doctor e investigador Eugenio Dotti (2000) sostiene que

El derecho comparado revela que el punto de partida de la historia de la pena coincide con el punto de partida de la historia de la humanidad. En todos los tiempos, en todas las razas –incluso en las más rudas o corruptas-, encontramos la pena como *o malum passionis quod inflingitur propter malum actionis*, como una invasión en la esfera del poder y de la voluntad del individuo que ofendió y porque transgredió la esfera de poder de la voluntad de otro. (p. 200).

Es preciso reconocer que la presencia de las religiones era imperativa en la época en que estaban siendo sentados los cimientos de lo que actualmente conocemos como derecho penal. La comunidad católica y distintas tribus de aborígenes temían más al castigo impuesto por sus dioses que a aquel fijado por las reglas de los hombres. Así, en esta fase de formación, el derecho penal se sustentaba en *tótems* y *tabúes*, los cuales eran respetados cuasi de forma taxativa principalmente porque el temor estaba dirigido hacia los castigos de los dioses.

Como mencionamos con antelación, la primera especie de pena concreta

que se aplicó tuvo como base la venganza. Pero es preciso mencionar que este tipo de venganza tuvo sus orígenes en el ámbito privado y que consistió en una retribución familiar o tribal contra aquel infractor que, de algún modo, no había respetado las costumbres rectoras de la comunidad.

Esa venganza, de acuerdo con el abogado Oswaldo Henrique Duek Marques (2005), «tenía por finalidad la destrucción simbólica del delito, como forma de purificar a la comunidad contaminada por la transgresión» (p. 9).

La fase que venimos desarrollando se extendió hasta el siglo XVIII y, probablemente, la pena alcanzaba no solo al transgresor, sino también a toda su tribu o su comunidad. Además, no había una correlación proporcional entre el delito cometido y la pena aplicada, por lo que la venganza por delitos leves podía tomar proporciones sobredimensionadas. De todas formas, la elección del castigo quedaba al arbitrio de la víctima o de sus parientes, y en la resolución influían el poder y la posición que el conjunto familiar ocupaba en la comunidad.

Es preciso mencionar que en la época a la cual nos estamos refiriendo existía un fenómeno conocido como «Venganza de sangre» según el cual, muchos años después de cometido un homicidio, los miembros de la familia de la víctima seguían obligados a vengar la muerte con daños a familia del agresor.

Análogamente, para aquellos infractores que formaban parte de la comunidad, existía la pérdida de la paz o el destierro: el delincuente era expulsado del grupo y, al encontrarse aislado y sin medios para sobrevivir solo, la mayoría de las veces moría.

Además de la pena de muerte, cuya elección y métodos eran arbitrarios y no regulados, también existían las penas de purificación ante los dioses, penas de índole moral, castigos físicos y también aquellos que hoy podrían considerarse psicológicos (Jiménez de Asúa, 1997).

Aún así, el exterminio y la desaparición de diversas tribus trajo como consecuencia la aparición de ciertas limitaciones a la venganza entre las comunidades.

Uno de los registros más antiguos de ello data del 500 a.C., y tuvo lugar en América del Sur, en el territorio de la actual Bolivia. Allí, los Tiwanaku adoptaron una especie de código que contenía los mandamientos del «Rey Sol» cuyos preceptos eran superiores a las demás reglas y ocupaban la posición que

tendría una Constitución en la actualidad. Este Código contemplaba cinco delitos que estaban sujetos a la pena de muerte: estupro, hurto, robo, violación y vagancia (Acquaviva, 2005).

Paradójicamente, con el avance de la civilización, algunos marcos y hechos históricos que hoy en día son sin dudas reprobados, en otras épocas representaron progresos significativos para la fijación de las penas.

En esa línea argumentativa, la esclavitud, por ejemplo, puede ser vista como un avance porque mediante su implementación dejó de practicarse el canibalismo. La esclavitud, como pena, poseía dos características básicas: implicaba el sufrimiento del infractor, pero a su vez y de esa forma, este indemnizaba a la víctima.

El primer registro de ley escrita que conocemos consta en el Código de Hammurabi, que establecía delitos y sus respectivas sanciones. La inscripción era grabada en columnas de piedra (basalto negro) y quedaban expuestas para que todos pudieran tener acceso al texto de la ley en caracteres cuneiformes.

El rey Hammurabi estableció, por primera vez en la historia- aproximadamente en el año 1700 a. C.-, un límite claro a la venganza privada por medio de la Ley del Talión, de la cual se extrajo el famoso proverbio «ojo por ojo, diente por diente», y que constituyó un marco del derecho penal respecto de la proporcionalidad de las penas.

De forma distinta, entre el 1300 y el 800 a.C. imperaba la «venganza divina», la cual encontraba su base en el castigo divino por haber cometido una acción maligna. Su misión era purificar y regenerar el alma.

A pesar de su origen divino, la crueldad de las sanciones no cesó por lo que la barbarie resultaba ejecutada en nombre de Dios. Sin embargo existía una relativa proporción entre el pecado y la sanción.

Con el paso del tiempo, y la formación de comunidades cada vez más grande, la «venganza divina» pasó a tener carácter público, siendo, por lo general, controlada por el Estado, quien en la época estaba representado por el soberano. Si bien la crueldad de las penas en esa época no fue alterada, surgieron algunos rasgos de la responsabilidad personal, dejando de extenderse la pena a la familia del infractor.

Como un ejemplo de lo antes mencionado, en la India, el Código de Manu data de ese período y algunas de sus disposiciones se encuentran aún vigentes. Este

código divide la sociedad en castas, y esa circunstancia debe ser aceptada desde el nacimiento. Las penas y los delitos difieren según la posición jerárquica de las personas involucradas.

Recién alrededor de 1800 comienza el período humanitario, marcado por la presencia de estudiosos que refutaron las ideas absolutistas y proponían reformas en la aplicación de las leyes penales. En ese contexto, se destaca el aporte de Beccaria respecto de las primeras elaboraciones sobre individualización, proporcionalidad, dignidad y funcionalidad. En este sentido, tal como destaca el especializado jurista brasileño Guilherme de Souza Nucci (2010), el destino de la pena era la intimidación pura que terminó por saturar el entendimiento de los filósofos de la época. Pero con la llegada de la obra de Cesare Beccaria (1764), intitulada *De los delitos y las penas*, nació la Escuela Clásica. En ella, Beccaria, en contraste con la pena de muerte y otras formas de castigo crueles, explica el principio de la proporcionalidad de la pena a la infracción cometida, y destaca el daño que los delitos le causan a la sociedad en su conjunto. Nucci sostiene que el carácter humanitario presente en la obra de Beccaria dio el marco para la formación del derecho penal tal como lo conocemos hoy, incluso por incluir un reparo respecto del arbitrio y la prepotencia de los jueces al sostener que solo las leyes pueden establecer penas y que los magistrados no tenían que reinterpretarlas, sino tan solo aplicarlas.

[Beccaria] se pronunció contra la tortura como método de investigación penal y preconizó el principio de la responsabilidad personal, buscando evitar que las penas pudieran alcanzar a los familiares del infractor, lo que hasta entonces era un hecho corriente. La pena que propugnó, además de poseer un carácter intimidante, debería estar sustentada en la misión de regenerar al delincuente. En ese período predominaban dos teorías contrapuestas: La teoría de la retribución (absoluta) y la teoría de la prevención (relativa). La primera (sostenida por Carrara, Rossi, Kant y Hegel, entre otros) afirmaba que la pena tenía una finalidad eminentemente retributiva, centrada en el castigo del delincuente; la segunda (Beccaria, Feuerbach, Carmignani, entre otros) entendía que la pena debería tener un fin utilitario, consistente en la prevención general y especial del delito. (Nucci, 2010, p. 8).

En contraposición, surge la escuela positivista, encabezada por Cesare Lombroso cuya obra más famosa es *El hombre delincuente* publicada 1876.

Acompañado por sus discípulos Enrico Ferri (1856 – 1929) y Rafael Garófalo (1851 – 1934), estos positivistas negaban vehementemente el libre albedrío y creían que el delincuente era un «enfermo» portador de terribles anomalías y sujeto a comportamientos atávicos.

Podemos observar, según lo que hemos explicitado a lo largo de esta sección, que el derecho penal adquirió cierta formalización mediante la creación y el asentamiento de reglas y principios a lo largo de la historia. Finalmente, las teorías más actuales, como la nueva defensa social, el garantismo, el abolicionismo, el Derecho Penal del enemigo, y también el Derecho penal máximo y mínimo nos permiten desplegar un análisis contemporáneo en escenarios concretos.

3.3. La justicia restaurativa

Consideramos que no es apropiado definir un momento exacto como surgimiento de la justicia restaurativa. No obstante, podemos observar rasgos de ese modelo de aplicación del derecho que aparecen en diversas regiones y legislaciones a lo largo de la historia.

La justicia restaurativa no es una creación de la modernidad o posmodernidad, ya que la restauración es un proceso que ya existía en las sociedades más antiguas y todavía se encuentra vigente en diversos sistemas sociales y comunitarios. En la modernidad, el Estado tal como lo conocemos hoy fue pensado bajo la lupa teórica y filosófica de Hobbes, Rousseau y Locke. Así, la razón iluminista eliminó toda las formas de resolución de litigios que no se realizaran por métodos científicos (Saliba, 2009).

Como hemos mencionado con antelación, el encarcelamiento de aquellos que son considerados infractores de la ley ha demostrado una amplia ineficacia en la reducción de la delincuencia. Entre otras propuestas, la justicia restaurativa se presenta como una forma por entero viable.

De esta forma, los primeros preceptos históricos del tema provienen de la justicia comunitaria en cuyo marco se aplicaban técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos leves. Como el Estado quedaba al margen de estas

cuestiones, los miembros de las comunidades tenían libertad para resolver ese tipo de conflictos. No obstante, muchas técnicas no prescriptas por las leyes, incluso más primitivas, estaban basadas en prácticas violentas y arbitrarias, como la venganza de la comunidad contra el infractor (Pallamolla, 2009).

Mucho antes de la aparición de la justicia pública, existía la justicia privada, una práctica muy extendida en la que primaba el consenso entre las comunidades, en pos de procesos de mediación y negociación, en vez de la pura imposición pura reglas abstractas (Rolim, 2009).

En este contexto, es importante destacar el trabajo del criminólogo estadounidense Howard Zehr (2008) sobre la Justicia comunitaria. Así, al discurrir sobre el proceso de justicia retributiva, este señala que estamos condicionados para su aceptación sin cuestionamientos y que muchas veces llegamos a exigirla como forma de «justicia» cuando, de hecho, eso no es más que una venganza evidente por el mal perpetrado (p. 93).

En este sentido, Zher indaga sobre si realmente el sistema retributivo tradicional nos ofrece soluciones satisfactorias, si realmente se da importancia a las partes afectadas y si la solución enunciada es la más adecuada para el caso concreto pues, al fin y al cabo, no es solo hoy que las pequeñas comunidades buscan resolver sus conflictos muchas veces sin recurrir a la Justicia.

El sociólogo y periodista Marcos Rolim (2009) afirma que la criminología posibilitó importantes avances respecto de la justicia restaurativa, pues su método empírico no pudo demostrar que la implementación de la justicia retributiva diera soluciones efectivas. La Criminología Crítica, principal precursora de estos estudios, tiene como fundamento la nocividad intrínseca de la intervención penal (ya que la pena no cumple su papel de resocialización), además de un complejo de mecanismos disuasivos, la posibilidad de ampliar el ámbito de la intervención -antes circunscripta al infractor potencial- y la incidencia de otros elementos del escenario penal. Este fundamento tiene como principal meta esclarecer el impacto real de la pena en quien deba cumplirla, y que la sociedad pueda entender que el delito no es un problema exclusivo del sistema legal.

Sin embargo, la crítica trae consigo a la Teoría del Etiquetamiento o *Labeling Approach* desarrollada por el sociólogo estadounidense Howard Becker entre 1960 y 1970, y que sirvió de base para la Teoría Estigmatizante de la Justicia Penal. A su vez, también en la década de 1970, aparecen en el escenario la Criminología

Marxista, la cual postulaba que, con el fin del sistema capitalista, los delitos desaparecerían, y el Abolicionismo Penal. Tales temas ganaron relevancia principalmente en el norte de Europa, en países en los que se observó una disminución de la tasa de criminalidad a partir de la inversión en educación y seguridad.

Es preciso mencionar, puesto que no es un detalle menor, que los estudiosos de esa época se concentraban en delitos pequeños. En la década de 1980 hubo un aumento significativo de la comisión de delitos, principalmente bajo la forma de crimen organizado que se dedicaba al contrabando de alcohol, drogas, terrorismo, entre otras, haciendo que la Criminología Crítica entrase en crisis hacia el final de la década.

No obstante, y hacia el final del milenio pasado, después de un gran intervalo de reflexión y sin una criminología presente, surge la Criminología de Integración, que estudia el delito como acontecimiento global. Así, se lo entiende como un comportamiento delictivo del agente, la justicia penal y la víctima. Esta Criminología tiene una perspectiva diferente de los pensamientos mencionados anteriormente, que consideraban exclusivamente al «agente» del delito. Con ese nuevo pensamiento surge la idea de justicia restaurativa que cada día gana un mayor terreno en varios países.

Respecto de las últimas décadas del siglo XX, la justicia restaurativa tuvo como ámbito geográfico de implementación a Estados Unidos, a Europa y a Asia durante las décadas de 1970 y 1980. Este movimiento se inspiró en antiguas tradiciones pautadas en diálogos pacificadores y constructores de consenso oriundos de culturas africanas y de las primeras comunidades de Canadá y de Nueva Zelanda.

Asimismo, también en la década de 1980, en la sociedad navaja de Arizona, México y Utah, tuvo lugar un modo diferente de aplicación de las normas. Además de su valor coercitivo, para esta sociedad, existe un concepto más amplio de la aplicación de las leyes y de la regulación que incluye ampliamente al estilo de vida de las personas. Para esta sociedad, las instituciones funcionan como partícipes en la resolución de los conflictos y no necesariamente como elementos que solo ejercen la autoridad. Entre sus funciones, se encuentra la enseñanza mediante la solidaridad, la interdependencia y la reciprocidad como punto de partida para la resolución de sus conflictos.

3.3.1. El caso de Nueva Zelanda

En la sociedad maorí de Nueva Zelanda existía una preocupación creciente por la forma en la cual las instituciones trataban a los jóvenes y a los niños, ya que muchos eran retirados de sus hogares, privados del contacto con sus familias y con la propia comunidad. De esta forma, el sistema de justicia juvenil elaboró, luego de muchas exigencias y reformulaciones, un proceso diferenciado, culturalmente adaptado a los maoríes, y con soluciones para las familias sin recursos que contemplaban la posibilidad de cuidar de sus niños aún si habían cometido algún delito.

En 1989, al aprobarse el Estatuto de los Niños de Nueva Zelanda, la responsabilidad primaria por los actos de los menores pasó a estar en manos de los responsables de las familias y esta atribución de responsabilidad fue acompañada por alguna forma de asistencia estatal. De esta forma, se conformó un procedimiento integral que tendía a incluir a todos los involucrados, inclusive a los representantes de los organismos estatales. Es en ese contexto que resurge el papel de la víctima como partícipe de las decisiones y del trazado de los objetivos para la reparación de los daños y de la reinserción en la sociedad (Nery, 2015).

La teoría de la justicia restaurativa surgió en la misma época en que esa legislación fue aprobada, aunque pronto se evidenció que los valores de participación, reparación y reinserción en la sociedad reflejaban el nuevo sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda. En este proceso se observó, especialmente en el grupo familiar, un mecanismo eficaz que podría ser aplicado dentro del sistema de justicia tradicional para proveer nuevas alternativas y un mejor acceso a la Justicia.

Desde 1999, el uso de prácticas de justicia restaurativa alcanzó otros niveles cuando, por ejemplo, la policía de Nueva Zelanda desarrolló procedimientos alternativos para la sanción de infracciones relativamente leves cometidas por jóvenes.

Por fuera del caso de Nueva Zelanda, pero en vinculación con la implementación de la justicia restaurativa, otros dos ejemplos que vale la pena mencionar son: primero, el de Canadá, en donde el proceso se originó en los métodos tradicionales aborígenes de resolución de conflictos. Aquí, la presencia de una superpoblación carcelaria aborígena, la notoria desventaja económica y la

marginalización con relación a la sociedad dominante canadiense, demandó un abordaje más adecuado y la aplicación de las prácticas restaurativas, puesto que la población aborígen no reconocía los valores y métodos del sistema tradicional de justicia. En segundo lugar, pero no menos importante, el trabajo realizado por el Núcleo Especial Criminal (NECRIM, por su sigla en portugués) de la Policía Civil brasileña, que ha logrado importantes avances en materia de resolución de conflictos bajo las premisas más generales de la justicia restaurativa.

3.4. Evolución de la justicia restaurativa en el Sistema brasileño

Al margen de lo mencionado en las últimas líneas del subtítulo anterior, en Brasil, la aplicabilidad de la justicia restaurativa es incipiente. No obstante, los pocos proyectos implantados y aprobados muestran resultados de una sobresaliente importancia para las futuras reformas en la política nacional en materia de delito.

En la década de 1990, se organizaron numerosos seminarios y debates sobre la aplicabilidad de la justicia restaurativa. Los datos científicos de su aplicación han resultado de gran relevancia para los sistemas penales que buscan una alternativa al sistema carcelario, aunque fue recién a mediados de 2000 que se produjo su aplicación práctica.

Formalmente, las primeras pruebas fueron realizadas en 2004 por el Ministerio de Justicia en conjunto con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Antes de exponer lo desarrollado en la experiencia de inicios del nuevo milenio, es preciso aclarar que los Juzgados Especiales Correccionales son órganos competentes para resolver sobre infracciones penales de menor potencial ofensivo, cuyas penas máximas no superen los dos años de prisión. Tienen facultades para promover una conciliación y juzgar los delitos mencionados, mediante la oralidad y el abreviado procedimiento sumarísimo. La nota principal de estos juzgados es que están orientados a buscar la solución de conflictos sin recurrir a la imposición de penas privativas de la libertad.

Ahora bien, en 2004 fueron aprobados tres proyectos piloto de Justicia restaurativa: Juzgado de la Infancia y de la Juventud de Puerto Alegre (Estado de Rio

Grande do Sul), Juzgado de la Infancia y de la Juventud del Distrito Judicial de São Caetano do Sul (Estado de São Paulo), y Juzgado Especial en lo Correccional del Núcleo Bandeirantes (Distrito Federal).

En 2005 tuvo lugar el primer Simposio Brasileño de Justicia restaurativa en Araçatuba, São Paulo, con la presencia de destacados especialistas en el tema. A partir de entonces, esta materia comenzó a ser destacada y abordada por los principales juristas del país.

En el mismo año se realizó en Brasilia el Seminario Internacional sobre Justicia restaurativa que fue organizado por el Ministerio de Justicia. En este encuentro, se reunieron teóricos y operadores de la Justicia restaurativa de Canadá, Nueva Zelandia, Chile, Argentina y Brasil.

Actualmente, existen varios proyectos vinculados con la materia que presentan índices importantes de reconciliación y resocialización, lo cual contribuye a descomprimir el sistema judicial y proporcionar satisfacción a las partes afectadas.

3.5. Principios relacionados con la Justicia restaurativa

El abogado, jurista y autor José Alfonso da Silva (2014) define a los principios como postulados que irradian y dimanan los sistemas de normas (p. 92). De esta forma, un principio es un mandamiento nuclear de un sistema, una disposición fundamental que se transmite a diferentes normas y que sirve como criterio para su exacta comprensión e inteligencia debido a que define la lógica, la coherencia y la racionalidad del sistema normativo.

Según el jurista y abogado Boschi (2014), los principios, entendidos como enunciaciones valorativas amplias, permiten el conocimiento de la longitud, de la latitud y de la profundidad del ordenamiento jurídico de derecho positivo, y ofrecen, indirectamente, las referencias para la determinación y comprensión del grado de desarrollo político, social y cultural de una nación. Estos postulados expresan la forma en la cual el Estado y la sociedad fueron organizados, como también la ideología que sustenta el poder político en una simbiosis perfecta con los mensajes subyacentes que propalan.

En lo que refiere a la Justicia restaurativa, los principios resultan

fundamentales para la creación y aplicación de una legislación específica del tema, actúan como guía y determinan las directrices y garantías fundamentales que se seguirán.

Teniendo en cuenta lo que venimos explicando, los principios funcionan como premisas estructurantes y son considerados como fundamentos de la validez de un sistema particular de conocimientos como sus presupuestos necesarios (Reale, 1986).

En efecto, los principios que se exponen a continuación guardan una afinidad intrínseca con la Justicia restaurativa y su posible aplicación.

3.5.1. Principio de la Dignidad de la Persona Humana

El Principio de la Dignidad de la Persona Humana es un metaprincipio que está por encima de los principios del derecho penal. Fue reconocido por la Carta Magna de 1988 como uno de los fundamentos de la República, también referido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos, lo cual demuestra su importancia taxativa.

Según el jurista y magistrado brasileño Guilherme de Souza Nucci (2012), es de fundamental importancia la existencia y aplicabilidad de los principios en la creación o aplicación de las normas y, en ese contexto, la dignidad de la persona humana es un vector esencial.

En cuanto a la importancia de los principios en el derecho penal y en el derecho procesal penal, la primacía de los principios debe ser respetada debido a que confronta en forma directa con la libertad individual e, indirectamente, con otros derechos fundamentales (vida, intimidad, propiedad, integridad física, entre otros.). En este sentido:

Ellos representan el núcleo esencial de la materia penal, sirviendo como cimiento al edificio conceptual del delito, limitando el poder punitivo del Estado, salvaguardando las libertades y los derechos fundamentales del individuo, orientando la política legislativa en materia penal, brindando también pautas de interpretación y de aplicación de la ley penal conforme a la Constitución y a las

exigencias propias de un Estado Democrático de Derecho. En suma, sirven de fundamento y de límite a la responsabilidad penal. (Prado, 2011, p. 138).

A propósito de lo antes mencionado, los principios son postulados que irradian y dimanan los sistemas de normas y, con miras a las libertades y garantías fundamentales, orientan tanto a los creadores como a los ejecutores de las normas, limitan el *ius puniendi* estatal, y posibilitan, inclusive, que el operador del Derecho deje de aplicar una norma por acatar un principio.

En ese mismo orden de ideas, la protección a la dignidad funciona como parámetro para el legislador en la configuración de los tipos y también para la determinación de la responsabilidad derivada de su comisión. Sobre esa base, el orden jurídico no puede tratar al ciudadano como a un simple instrumento, sino como a su fin (Tavares, 1992).

La especificidad de la justicia restaurativa es garantizar a los involucrados un tratamiento más adecuado y conducente con el conflicto causado con la finalidad de evitar, por un lado, el encarcelamiento en condiciones que violen el principio de la dignidad de la persona humana. Por otro, la movilización de todo el sistema judicial en el cual actualmente confluyen una multiplicidad de responsabilidades.

En este contexto, el Principio de la Dignidad Humana versa sobre un mínimo esencial para la vida y desarrollo de un ser humano, vela por el cuidado y el resguardo de los derechos más intrínsecos e inherentes al individuo. Es por eso que se presenta como cimiento y vector de todos los otros principios.

La dignidad de la persona humana expresa un conjunto de valores civilizatorios incorporados al patrimonio de la humanidad. El contenido jurídico del principio viene asociado a los Derechos fundamentales, envolviendo aspectos de los derechos individuales, políticos y sociales. Su núcleo material elemental está compuesto por el mínimo existencial, locución que identifica el conjunto de bienes y utilidades básicas para la subsistencia física e indispensable al goce de la propia libertad. (Barroso, 2009, p. 135).

Así, entendemos que la dignidad de la persona humana es la cualidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad. En ese sentido, implica un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran ese respeto y esa

consideración para con el individuo ante todo y cualquier acto de índole degradante y deshumana, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de su propia existencia y de la vida en comunidad con los demás seres humanos.

3.5.2. Principio de la Intervención Mínima

El derecho penal no debe interferir demasiado en la vida del individuo al punto de quitarle autonomía y libertad. La ley penal no debe constituir la primera opción (*prima ratio*) del legislador para componer los conflictos existentes en una sociedad y que, por la actual etapa de desarrollo moral y ético de la humanidad, siempre estarán presentes. El derecho penal es considerado la *ultima ratio*, esto es, la última jugada del sistema legislativo, cuando se entiende que no puede haber más solución que la creación de una ley penal incriminadora que imponga sanciones penales al infractor. En definitiva, el derecho penal debe ser visto como derecho subsidiario con las demás ramas del derecho. Ante el fracaso de otras formas de punición o de composición de conflictos, se recurre a la ley penal para desalentar conductas desreguladas que puedan lesionar bienes jurídicos tutelados (Nucci, 2014).

Consecuentemente, cuando el bien jurídico pueda ser protegido de otro modo, debe dejarse de lado la opción legislativa penal para no banalizar la punición y así, en algunos casos, convertirla en una estrategia ineficaz por ser incumplida por los destinatarios de la norma y no ser aplicada por los organismos estatales encargados de la seguridad pública. Podemos dar por cierto que la vulgarización del derecho penal como norma solucionadora de cualquier conflicto terminaría por sumirlo en el descrédito.

Como hemos mencionado en líneas anteriores, el derecho penal debe ser visto como derecho subsidiario con las demás ramas del derecho. Así, a partir de un determinado conflicto pueden resultar consecuencias jurídicas de naturaleza diversa: civil, penal, o administrativa, todas las cuales van a incurrir en desdoblamientos procesales propios y compatibles con su naturaleza.

En este contexto, observamos que el Estado debe sustentar el control social basado en el derecho penal únicamente cuando otras sanciones, ajenas a la esfera

penal, ya se hayan totalmente mostrado ineficaces para tal control. A propósito, solamente deben ser penadas como delito aquellas conductas que, efectivamente, obstruyan la convivencia satisfactoria de la sociedad. De esta forma, el Principio de la Intervención Mínima puede significar tanto la abstención del derecho penal de intervenir en ciertas situaciones -ya sea en función del bien jurídico afectado o por la manera en que resultó ser atacado- lo cual le imprime un rasgo fragmentario, como también a su utilización en términos de último argumento. En este caso, el sistema punitivo es llamado a interceder de forma subsidiaria solamente cuando no haya otros instrumentos de control social eficaces -que van desde el derecho administrativo a la familia (Bianchini, 2002).

La justicia restaurativa también se correlaciona con ese principio. Aunque no deje de considerar las conductas como delictivas, es menos severa que la justicia tradicional en la aplicación de la pena, pues se corresponde con una solución más próxima a una pena civil o administrativa, y demuestra que algunos delitos podrían no estar bajo la tutela penal y que pueden ser resueltos en otros ámbitos.

De acuerdo con la *ultima ratio*, la intromisión del Derecho Penal sólo tendrá lugar cuando sea absolutamente necesaria, y queda restringida a un mínimo imprescindible, en la medida en que sea capaz de tener eficacia.

La protección de bienes jurídicos no se realiza únicamente mediante el derecho penal, sino que para esa misión coopera todo el instrumental del ordenamiento jurídico. El derecho penal es, incluso, la última entre todas las medidas protectoras que deben ser consideradas, quiere decir que solo está permitido intervenir cuando fallen otros remedios sociales para el problema, tales como la acción civil, los reglamentos de la policía, las sanciones no penales etc. Por eso la pena es denominada la *ultima ratio* de la política social y su misión es definida como desprotección subsidiaria de los bienes jurídicos. (Roxin, 1997).

Por ello es que la naturaleza de la fragmentariedad del derecho penal trata de un límite material del *ius puniendi*, de naturaleza político-penal, que tiene su origen en el principio de la intervención mínima. Nuevamente, el abogado y jurista alemán Claus Roxin nos muestra que la aplicación del derecho penal es de naturaleza subsidiaria.

Por otro lado, el Principio de la Intervención Mínima, o *ultima ratio*, es el responsable por la indicación de aquellos bienes de mayor relevancia que merecen la

especial atención del derecho penal y, además, posibilita que se produzca la llamada «despenalización» (Greco, 2010).

En esta línea de razonamiento, las vertientes de la intervención mínima, sirven actualmente en dos modos básicos: por un lado, orientan al legislador en la selección de los bienes más importantes y necesarios para la convivencia en sociedad; por otro, en lo que hace a retirar la protección del derecho penal sobre aquellos que gozaban de una importancia especial en el pasado, pero que hoy, con la evolución experimentada por la sociedad, pueden ser satisfactoriamente protegidos por las otras ramas del ordenamiento jurídico.

A esta altura, es conveniente resaltar la importancia de la justicia restaurativa que, aunque no despenalice conductas, contribuye a descomprimir el poder judicial, y evita toda la estigmatización y la burocracia que conlleva un extenso proceso penal. Del mismo modo, los Juzgados Especiales en lo Penal (JECRIM) constituyen una alternativa para que algunos conflictos se resuelvan de forma rápida y eficaz y que la estructura judicial se concentre en los delitos considerados de mayor envergadura.

De este modo, dado que el derecho penal es el instrumento normativo de regulación social más violento, particularmente porque con la aplicación de las penas privativas de libertad afecta el derecho de circular libremente de los ciudadanos, debe ser utilizado en forma restringida. En una perspectiva político-jurídica, debe darse preferencia a todos aquellos modos ajenos al ámbito penal de solución de conflictos. La represión penal debe ser el último instrumento utilizado, y debe ser reservado para los casos en los que no existan más alternativas disponibles.

3.5.3. Principio de la Proporcionalidad

Según Cesare Beccaria (2005), el Principio de la Proporcionalidad refiere a que la pena debe guardar una relación objetiva y armoniosa con el delito causado. Es decir, debe existir una proporción entre el desvalor de la acción practicada por el agente y la sanción a él infligida. De esta forma,

Entre las penalidades y en el modo de aplicarlas proporcionalmente a los delitos, es necesario, por consiguiente, elegir los medios que deben provocar en el espíritu público la impresión más eficaz y más durable e, igualmente, menos cruel en el cuerpo del culpado. (p. 49).

A propósito de lo antes mencionado, no tendría sentido el establecimiento de sanciones severas para delitos considerados de menor importancia, y tampoco la previsión de penas ínfimas para aquellos tipos penales que tienden a proteger bienes jurídicos de vital importancia.

Roxin (1994) rechaza la intervención penal del Estado cuando otras medidas de política social puedan proteger de igual forma, o incluso con más eficacia, un determinado bien jurídico, lo cual representaría una vulneración de la prohibición del exceso.

El carácter fragmentario del derecho penal también se desprende del Principio de la Proporcionalidad: como el Derecho Penal posibilita la más dura de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solamente puede intervenir cuando otros medios menos severos no presenten éxito suficiente.

Vale resaltar que la proporcionalidad debe guiar tanto al legislador en la elaboración de las leyes, como al operador del Derecho que aplica las penas concretamente y considerando que el Derecho Penal afecta derechos fundamentales, la intervención apenas será considerada proporcional si tuviera como objetivo evitar lesiones a derechos también fundamentales o, por lo menos, intereses indispensables para la sociedad. Es preciso analizar si la violencia ejecutada por el Estado no será más dañosa que la punición de la conducta censurada. Cuanto mayor sea la intervención, mayor deberá ser el valor del bien jurídico a ser protegido por el derecho penal.

Las penas deben ser proporcionales a la gravedad del delito, tanto en su fase nominal, es decir en los textos abstractos de la ley, como en la fase de aplicación por parte del juez. Así, debe existir una relativa proporcionalidad entre la mayor o menor potencialidad lesiva de la infracción y la pena respectiva.

En algunos delitos, siquiera la víctima desea la prisión del ofensor en contraposición a lo que suele ocurrir en delitos de hurto. La devolución de la cosa hurtada, una pequeña indemnización, o hasta un pedido de disculpas constituyen soluciones prácticas y eficaces más proporcionales para un delito que fue cometido sin violencia o sin amenazas graves, y que difícilmente afecte a terceros.

3.5.4. Principio de la Responsabilidad Personal

También conocido como Principio de la Personalidad de la Pena, o de la Aplicación Personal de la Pena, significa que la pena no puede ir más allá de la persona del condenado.

Este principio constituye otra conquista del derecho penal moderno, puesto que evita que terceros inocentes y totalmente ajenos al delito puedan pagar por algo que no hicieron, y también por algo para cuya realización siquiera contribuyeron (Nucci, 2014).

Aunque este principio circunscribe la aplicación de la pena al infractor, resulta obvio que algunos reflejos de la aplicación de la pena pueden alcanzar a otras personas, como por ejemplo, a la familia del acusado, que contaba con los ingresos que éste percibía. Al ser encarcelado el infractor, la familia pierde su fuente de ingresos.

En este sentido, la realidad práctica, los efectos morales y materiales de la infracción penal van más allá del autor del delito ya que, en la mayoría de los casos, afectan a las personas que conviven con él o a su entorno más próximo.

En otras palabras, la aplicación de penas restaurativas disminuye el reflejo causado por el encarcelamiento, ya que el sujeto que sufre -o sufrió- la pena continúa manteniendo el contacto con su familia, su trabajo y su rutina habitual.

3.5.5. Principio del Debido Proceso Legal

La Constitución Nacional brasileña, al disponer sobre las garantías individuales, en su Art. 5, inciso LIV, establece que nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal. En consecuencia, para la aplicación de la Justicia restaurativa, a pesar de la discrecionalidad de las partes y del mediador en la resolución del conflicto, deberá existir una legislación que delimite las bases de esa mediación.

Lo antes mencionado hace énfasis en la importancia de asegurarse de la existencia de formas instrumentales adecuadas con la finalidad de que la prestación

jurisdiccional, cuando se encuentre a cargo del Estado, dé a cada uno lo que corresponde de acuerdo con los imperativos del orden jurídico.

Observamos así que este principio ofrece protección material y formal. En este sentido, Nucci (2010) afirma que ante todos los principios, debe prevalecer el de la legalidad. De esta forma, el autor considera que, en lo que refiere al prisma procesal

Se crea un espectro de garantías fundamentales para que el Estado investigue y constata la culpa de alguien, en relación a la práctica de un delito susceptible de merecer una sanción. Es por ello que el debido proceso legal viene a coronar los principios procesales, reuniendo en sí todos los elementos estructurales del proceso penal democrático, vale decir, la amplia defensa, la contradicción, el juez natural e imparcial, la publicidad, entre otros, como forma de asegurar una justa aplicación de la fuerza estatal en la represión a los delitos existentes. (p. 62).

En síntesis, el debido proceso legal es el principio rector de todo el andamiaje jurídico procesal y todos los otros derivan de él.

3.5.6. Principio de la Contradicción

Este principio está expresado en la Constitución Nacional brasileña, junto con el principio de la amplia defensa, en el inciso LV del Art. 5, como garantía para los litigantes, tanto en los procesos del ámbito judicial o administrativo, y para los acusados en general.

El Principio de la Contradicción refiere a la paridad de armas entre las partes, es decir, que la defensa no puede ser objeto de restricciones, especialmente porque el principio supone la completa igualdad entre la acusación y la defensa. Así, una y otra están situadas en el mismo plano, en igualdad de condiciones (Tourinho, 2000).

Por otro lado, respecto de una lectura de la teoría del abogado, jurista y magíster en Derecho Penal Denilson Feitoza (2009), este principio constituye el conocimiento bilateral (del autor y del demandado) de los actos y de las condiciones del proceso, así como también la posibilidad de impugnarlos. Para ello, las partes cuentan con la posibilidad de intervenir en el proceso, porque pueden presentar pruebas, ofrecer alegatos, recurrir a sentencias y resoluciones, entre otras acciones,

en distintas oportunidades.

De ese modo, las garantías constitucionales de igualdad, de tutela jurisdiccional, de defensa en juicio, de la contradicción, en suma, del debido proceso legal, deberán ser interpretadas de forma que se alcance la efectividad del proceso, sin perder de vista su función de instrumento al servicio del orden constitucional y legal, y también al servicio del Estado de Derecho de naturaleza democrática-social (Carvalho, 1992).

Es fundamental resaltar que, en lo que respecta a la Justicia restaurativa, la acusación cede espacio a la víctima, que pasa a ser una parte con presencia permanente en los procesos restaurativos.

3.5.7. Principio de Defensa en Juicio

Este principio constituye el derecho de las parte de contestar o justificar su actitud, como también reparar en las acusaciones que sean impuestas. De esta forma, es un principio cuya importancia dista de ser mínima en lo que refiere a la implementación de la justicia restaurativa, pues posibilita al acusado exponer sus motivos y a la víctima, sus deseos para la solución de la cuestión.

A pesar de que el principio de defensa en juicio comprende las garantías de la autodefensa y de la defensa técnica, para la justicia restaurativa, justamente por el objetivo de componer los daños, no es obligatoria la defensa por medio de un profesional del derecho.

La autodefensa consiste en la participación personal del acusado en el marco de la contradicción, presentando su versión de los hechos y defendiéndose de los hechos narrados. A su vez, la defensa técnica, constituye el apoyo suministrado al acusado por un abogado.

En vistas de lo explicitado y explicado hasta el momento, podemos sostener que la justicia restaurativa, así como cualquier medida que se aplique en el ámbito penal, debe sustentarse en preceptos constitucionales, cuya observancia se revela indispensable, pues de lo contrario no será aceptada en el ordenamiento jurídico vigente.

3.6. Aplicabilidad de la Justicia restaurativa

Si bien los pocos proyectos que existen en materia de justicia restaurativa muestran resultados significativos prometedores, debido a la falta de financiamiento, apoyo y divulgación, muchos programas deben dejar de funcionar.

Por otro lado, la práctica de la justicia restaurativa es incentivada, inclusive por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) por medio del protocolo de Cooperación para la difusión de la Justicia restaurativa junto con la Asociación de los Magistrados Brasileños (AMB). La introducción de esta práctica tiene su origen en la Resolución del CNJ N° 125 que estimula la búsqueda de soluciones extrajudiciales para los conflictos (Pinto, 2015).

Los índices de reincidencia son hasta siete veces menores que los presentados por la política penal actual y llegan, en algunos casos, al 90 % de acuerdos sin que se produzcan nuevas interacciones delictivas por el autor.

No obstante, vale resaltar que, por ser una institución democrática, la justicia restaurativa no es de aplicación irrestricta, es decir, debe limitarse a los casos de delitos menos graves y, además, cuando las partes elijan este método de resolución.

La criminóloga y jurista española Elena Larrauri (2014) entiende que al comparar el uso del diálogo con la mera imposición de una pena, percibimos claramente la ventaja que tanto la víctima como el agresor pueden obtener. La primera, al tener la posibilidad de expresar sus emociones, y el segundo, al contar con la posibilidad de tomar consciencia.

Por otro lado, el aumento de la delincuencia lleva a los integrantes de una sociedad a buscar algún tipo de respuesta rápida a los distintos delitos, aunque eso no contribuya a la merma en el número de este tipo de actos. La presentación de nuevas sanciones, cada vez más severas, parece entusiasmar a aquellos que buscan justicia. No obstante, la realidad demuestra que este tipo de soluciones es eficaz en muy pocos casos.

Desde esta perspectiva, lo que aumenta la preocupación es que el Poder Ejecutivo promete endurecer las leyes y aumentar las penas para combatir la delincuencia y garantizar la seguridad, cuando, en la práctica, ni siquiera la pena de muerte, en los países en los que fue aplicada, alteró el número de delitos (Andrade, 2006, p. 51).

Cada año, miles de personas son enviadas a establecimientos penitenciarios, y

la mayoría de ellas sufren notorias condiciones de pobreza. En este sentido, es menester resaltar que un dato preocupante es que gran parte de esos infractores volverán a la calle con características más alarmantes (más peligrosos) que cuando entraron en la prisión.

De esta forma, observamos que la preocupación inicial debería centrarse en la aplicación efectiva de la ley y no en el endurecimiento de las penas. Después de todo, la impunidad es algo que realmente altera la delincuencia.

3.6.1. Mediación

La mediación penal consiste en el diálogo entre el autor del hecho, entendido como el delincuente, y la víctima, auxiliados por un tercero imparcial que es quien buscan la solución de la controversia (Calmon, 2005).

En este sentido, el Doctor y especialista en Derecho Procesal Penal Fábio Bechara (2013), afirma que la mediación tiene como fundamento la pacificación social y la participación popular en la administración de los conflictos en el mismo sistema de justicia con la finalidad de democratizar el acceso a la justicia, lo cual difiere del acceso a la estructura del poder judicial.

La mediación, como proceso de diálogo entre las partes, traduce la democratización del sistema penal tradicional, pues la justicia se torna efectivamente participativa con la inclusión de la propia sociedad civil en el proceso de restauración de la paz social y en la prevención futura del delito.

De acuerdo con el jurista Luis Gordillo Santana (2010):

En las audiencias familiares y los encuentros denominados «círculos», además, se promueve la participación de la comunidad en un mayor grado, siendo ésta una de las principales diferencias entre los diversos mecanismos utilizados por la Justicia restaurativa. En relación a la participación de la comunidad, además de la víctima y el victimario, dentro del proceso, es defendida desde la perspectiva de que ello se considera más beneficioso para las partes, el sentirse más apoyadas por la comunidad –*community care*. En segundo lugar, se alude a que ello permite el control informal respecto del infractor, influyendo en la reducción de la reincidencia. Y, por último, se alude a que la participación de la comunidad revitaliza a la misma. (p. 67).

De esta manera, la mediación, como método alternativo o complementario de resolución de conflictos, ocupa un lugar especial en el proceso de modernización de la justicia, permitiendo la desjudicialización de la solución de algunos conflictos y la descentralización de servicios ofrecidos (Nery, 2001).

Como consecuencia del diálogo entre el autor del acto de infracción y la víctima, ellos mismos son quienes llegan a una resolución final y no el mediador por más profesional que este sea. Por lo tanto, la solución parte de una relación de igualdad en la que se mantiene la alteridad, es decir, la identidad de cada una de las partes.

3.6.2. Delitos abarcados por la Justicia restaurativa

Existen varias discusiones respecto de cuáles son los delitos que podrían estar en la órbita de la justicia restaurativa porque, como ya hemos mencionado, sus métodos no pueden ni deben ser aplicados a cualquier delito. De esta forma, la justicia restaurativa debe ser amena y englobar, *a priori*, solamente los delitos que fueron cometidos sin el uso de violencia o de amenazas graves.

En vistas de lo antes explicado, la aplicación de la justicia restaurativa sería algo próximo al contexto de la justicia penal consensual con un órgano jurisdiccional competente para conducir gran parte de las hipótesis de negociación entre las partes. Aunque represente un ambiente jurisdiccional, en el cual se practica la técnica de la mediación, no agota otras posibilidades de mediación que podrán -o no- verse reflejados en el ámbito de la jurisdicción penal.

3.6.3. Efectos penales y procesales penales

Otro aspecto relevante es la multiplicidad de efectos de la aplicación de la justicia restaurativa en el proceso penal. Para respaldar, y según explica el Doctor y jurista Luis Baldan (2013):

Además, la instauración de prácticas restaurativas en el pensar y

actuar en el sistema de justicia penal no configura favor alguno al delincuente, sino una toma de posición en busca de una finalidad racional y no patológica o emocional, del ejercicio de la potestad estatal de punir. (p. 43).

Consecuentemente, para lograr una correcta aplicación de la justicia restaurativa es imprescindible una reforma penal y procesal penal con la finalidad de que se pueda equiparar la justicia restaurativa al instituto de la suspensión condicional del proceso mientras no se cumpla el acuerdo restaurativo. En contraste, en caso de incumplimiento e imposibilidad de lograr un nuevo acuerdo entre las partes, el trámite de la causa debe ser retomado.

Con el mismo razonamiento, el cumplimiento total de aquello que fue estipulado causaría la extinción de la punibilidad porque, de hecho, no tiene sentido alguno aplicar una sanción penal en una situación restaurada.

Para ejemplificar lo que venimos explicando, tomemos como caso una situación de hurto: en estos delitos, muchas veces siquiera la víctima desea que el acusado sea juzgado, pues a esta le basta con que la cosa hurtada le sea devuelta y luego el correspondiente pedido de disculpas. Esto con el fin de que la solución sea rápida, eficaz y sin tener que atravesar un burocrático proceso judicial.

3.6.4. Principales prácticas restaurativas

Según el emérito profesor y especialista en criminología Lode Walgrave (2008), las prácticas restaurativas pueden ser múltiples y diversas según los valores y principios promulgados por la justicia restaurativa. A su vez, esto no impide la creación de nuevos modelos, o bien, que los ya existentes puedan ser adaptados y modificados teniendo en cuenta las demandas específicas de cada lugar (p. 31).

De todas maneras, las prácticas más conocidas son las de Apoyo a la víctima, Mediación víctima-ofensor, Audiencia restaurativa, Encuentros o Círculos de sentencia y cura, Comités de paz, Consejos de ciudadanía, entre otros mecanismos.

3.6.4.1. Apoyo a la víctima

Aquí el foco principal deja de ser la averiguación sobre cómo acontecieron los hechos para la posterior punición del acusado. Un servicio de apoyo a la víctima debe ser la primera y más importante condición para hacer justicia. Teniendo en cuenta que las estadísticas demuestran que la mayoría de los ofensores finalmente no tiene una sanción punitiva, la justicia restaurativa debe ser ofrecida incluso sin la presencia del ofensor (Walgrave, 2018).

Algunas experiencias de aplicación de la justicia restaurativa demuestran que el sistema de atención a las víctimas es bien recibido por el resto de la sociedad puesto que se ha detectado que, en varias ocasiones, hay un interés público por tratar de minimizar las consecuencias de la acción sufrida.

Generalmente este tipo de servicio funciona de forma meramente auxiliar al sistema de justicia penal, pero en la justicia restaurativa debe ser considerado de vital importancia, ocupando una posición destacada, es decir, debe apoyarse y proporcionar las condiciones adecuadas para alcanzar el máximo posible de restauración para las víctimas, pues esta debe ser la primera preocupación de la intervención pública después de cometido el delito, y no un agregado ornamental. (Achutti, 2016, p. 80).

3.6.4.2. Mediación víctima-ofensor

Considerada como el arquetipo original del resurgimiento de la Justicia restaurativa, la mediación comenzará con la invitación del mediador a las personas involucradas en el conflicto (víctima y ofensor), con el objetivo de buscar una reparación, compensación o restitución para el daño causado por el delito.

Teniendo en cuenta las palabras del abogado y especialista en Derecho Penal Daniel Achutti (2016), al ejercer el rol de un facilitador, el mediador no propondrá cualquier acuerdo, y tampoco buscará forzar un entendimiento entre las partes, pero ejercerá su función al buscar viabilizar el diálogo entre las partes involucradas.

Actualmente, existen variaciones en torno de la mediación: podrá concretarse a través de un encuentro cara a cara entre la víctima y el ofensor, o bien, de forma

indirecta, en tanto el mediador actúe como un mensajero entre la víctima y el ofensor. De todos modos, es preciso tener en cuenta que la mayoría de los programas de mediación prevé la participación exclusiva de los protagonistas (víctima y ofensor), mientras que algunos permiten la inclusión de miembros de las comunidades de apoyo a las partes.

Inicialmente, la noción de justicia restaurativa fue confundida en varias ocasiones con el proceso de mediación. No obstante, y con el transcurso del tiempo, las limitaciones de la última fueron percibidas pues solo estaban involucradas aquellas personas directamente comprometidas con el conflicto. Con base en la detección de esas limitaciones, los profesionales encargados de llevar a cabo la práctica judicial desarrollaron nuevas prácticas que hicieron que justicia restaurativa y mediación no fueran utilizadas como sinónimos (Walgrave, 2008).

3.6.4.3. Audiencia restaurativa

Las audiencias restaurativas son encuentros entre la víctima, el ofensor y los integrantes de sus comunidades de apoyo, cuyo objetivo central es encontrar una solución constructiva para los problemas y los daños causados por el ofensor. En este sentido, Walgrave (2018) sostiene que «la mayoría de las audiencias es realizada como una forma de diversificación por iniciativa de la policía o del Ministerio Público, y que funcionan, mayoritariamente, en el ámbito de la justicia juvenil» (p. 34).

3.6.4.4. Círculos de sentencia y cura

Daniel Achutti (2016) describe ambos mecanismos como prácticas fuertemente vinculadas a las tradiciones indígenas de tribus de Canadá y de Estados Unidos. Estas son realizadas de dos maneras: la primera es conocida como círculo de cura, y busca restaurar la paz en la comunidad afectada por el conflicto; la segunda entiende que los círculos de sentencia funcionan como una comunidad de cojuzgamiento con la presencia de un juez (p. 81).

Los dos modelos convocan a la comunidad para ocuparse de las

consecuencias de un delito, son eminentemente comunitarios y tienden a restaurar la paz a través de la reparación y de la cura. Estas prácticas presuponen una comunidad activa y con fuertes vínculos, por lo que raramente podría ser utilizada en el medio urbano actual, tan fragmentado.

3.6.4.5. Comités de paz

Los Comités de paz poseen la misión de pacificación y su finalidad es resolver disputas privadas en la comunidad y la construcción de la paz. Así, luego podrán tratarse conflictos más amplios que involucren a la comunidad como un todo. Respecto del funcionamiento de este tipo de comités, Walgrave (2018) sostiene que

Los comités pacificadores se ocupan de conflictos antes de que sean definidos como delitos por la policía o por el sistema de justicia, y los comités de construcción de la paz trabajan con cuestiones más genéricas, abarcando problemas o conflictos más amplios de las comunidades. La búsqueda de un modelo deliberativo para atender este tipo de conflictos se justifica en la necesidad de que las decisiones sean cumplidas a largo plazo, de modo que los problemas sean efectivamente resueltos. (p. 37).

3.6.4.6. Concejo de ciudadanía

Los Concejos de ciudadanía son conocidos también como Concejos comunitarios de la ciudadanía, y trabajar a partir de encuentros con personas condenadas por pequeños delitos para negociar una manera de reparar el daño causado, el cual puede incluir diversas acciones, ya sea un pedido de disculpas o la realización de tareas comunitarias.

De acuerdo con Walgrave (2008), la gran diferencia respecto de otros sistemas restaurativos tradicionales reside en el hecho de que tanto la víctima como el ofensor rara vez tienen voz activa en la resolución del caso, y la decisión final queda en manos del Consejo. Como consecuencia, esto último pone en duda el carácter restaurativo de este modelo.

3.6.4.7. Servicio comunitario

Antes que un mecanismo de justicia restaurativa, el servicio comunitario es un resultado que puede ser parte de un acuerdo proveniente de un proceso restaurativo o de una decisión judicial. Al respecto, Walgrave (2018) entiende que:

Existen controversias sobre el carácter restaurativo de esta práctica: mientras algunos refieren que se trata, efectivamente, de la imposición de una pena, hay quienes afirman que, desde la óptica restaurativa, los daños no abarcan solo a las víctimas de los delitos, sino también a la sociedad como un todo, y la prestación del servicio a la comunidad posee un carácter restaurativo por permitir esta reparación más amplia de los daños causados por la acción del ofensor. (p. 40).

3. 7. Temas actuales del Derecho Penal frente a la Justicia restaurativa

3.7.1. Derecho Penal del Enemigo

La expresión Derecho Penal del Enemigo fue implementada por primera vez en mayo de 1985 por el jurista alemán Günther Jakobs en el marco del Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt am Main. Esta categoría del derecho se contrapone al Derecho Penal de Ciudadano, que es, según el doctor Allan Valverde el «que juzga al ciudadano en su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal, en particular por la garantía de presunción de inocencia» (2009).

Con el paso del tiempo, las referencias y las alusiones al Derecho Penal del Enemigo proliferaron y ganaron fuerza en Estados Unidos en el marco del combate al terrorismo. De ese modo, las garantías fundamentales fueron dejadas de lado en el debate respecto de quienes consideraban como infractores ante las leyes. En este sentido, Nucci (2014) afirma que el modelo del Derecho Penal del Enemigo tiene la finalidad de detectar y de separar, dentro de una determinada sociedad, a aquellos que enemigos (terroristas, autores de delitos sexuales violentos, delincuentes organizados, entre otros) de la comunidad.

[Los enemigos] no merecen del Estado las mismas garantías humanas

fundamentales, pues una de sus reglas, es no respetar los derechos individuales. Por lo tanto, estarían situados fuera del sistema, sin merecer, por ejemplo, las garantías de la contradicción, derecho de defensa en juicio, pudiendo ser flexibilizados, inclusive, los principios de la legalidad, de la anterioridad y de la taxatividad. En realidad, a la luz de un Estado Democrático de Derecho, tal postura sería manifiestamente inconstitucional. (p. 313).

Nerry (2011) agrega que, con penas desmesuradas y el uso abusivo del derecho penal, es decir, cuando este es empleado más allá de lo que le está permitido, con las restricciones y limitaciones de los derechos y garantías constitucionales, es posible que se pueda luchar eficazmente contra el enemigo, pero esto también puede significar un beneficio futuro a quién se le aplica la sanción abusiva. En este sentido, la implementación del derecho penal de forma autoritaria es tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras.

No obstante, la justicia restaurativa no se contrapone con esta categoría del derecho penal, puesto que ella se concentra en los delitos más leves. En tanto el segundo aborda los delitos más perversos, los cuales no son, por hora, pasibles de la aplicación de una justicia restauradora.

3.7.2. Criminología crítica

A partir de 1950, principalmente en América del Norte y Europa, la resocialización, las consecuencias negativas causadas por el encarcelamiento y las alternativas a la pena de prisión como respuesta a los conflictos sociales de la época fueron el eje de los debates respecto de los castigos impuestos a los delincuentes. Pero en Estados Unidos la crítica a estas discusiones tomó otro tipo de relevancia central debido al creciente aumento de la delincuencia.

Según Rafaella Pallamolla (2009), antes de 1980, la discusión en el ámbito penal estaba centrada en las prisiones y en la búsqueda de alternativas para el sistema penitenciario. Pero a partir de ese momento, surgieron innumerables cuestionamientos a las alternativas del derecho penal como castigo. Y este último, fortaleció su posicionamiento.

Es en este contexto que surge la Criminología Crítica, también llamada Criminología Radical, en Estados Unidos e Inglaterra simultáneamente, y luego se extendió por toda Europa, principalmente en Alemania, Italia, Holanda, Francia y los países nórdicos. Esta rama de la criminología se afirmó en la década de los años setenta.

Al respecto Pallamolla (2009) nos recuerda que:

De forma general, la Criminología Crítica extrae su fundamento teórico de doctrinas marxistas, así como del interaccionismo simbólico de las teorías del etiquetamiento (*labelling approach*). Abandona el llamado «paradigma etiológico», esto es, la explicación clásica de la delincuencia como un fenómeno individual, debido a las razones antropológicas, psicológicas o sociales, propias de la Criminología positivista, y centra su análisis en el sistema penal, en tanto generador de la delincuencia. (p. 32).

La Criminología crítica se presenta como crítica final de todas las otras corrientes criminológicas, principalmente porque se niega a asumir un papel tecnocrático al considerar que el problema de la delincuencia no tiene solución posible dentro del marco de una sociedad capitalista.

En ese mismo sentido, el abogado, jurista y especialista en criminología Juárez Cirino dos Santos (2005) afirma que

La Criminología crítica tiene como tesis fundamental que las funciones declaradas de prevención de la delincuencia y de resocialización del delincuente caracterizan una retórica legitimadora de la represión selectiva de individuos de los estratos sociales inferiores, fundada en indicadores sociales negativos de marginalización, tales como el desempleo y la pobreza, que marca la marginalización, tales como el desempleo y la pobreza, que marca la criminalización de la miseria en el capitalismo. Por otro lado, las reales funciones de ese sistema representan un suceso histórico absoluto, en la medida en que la gestión diferencial de la delincuencia garantiza las desigualdades sociales de las sociedades fundadas en la relación capital/trabajo asalariado. (p. 347).

En ese contexto aparecieron varias subdivisiones que generaron diversas vertientes. Algunas, luego de una cierta profundización, se tornaron antagónicas entre sí, como el Derecho Penal Mínimo y el Abolicionismo.

3.7.3. Derecho Penal Mínimo

El Derecho Penal Mínimo es la vertiente de la Criminología crítica más aplicada y con mayor aceptación. Propone una limitación de la intervención penal, puesto que, desde esta perspectiva, debería ser utilizada como *ultima ratio*. Así, el derecho penal sería implementado solamente para abordar los delitos considerados más graves y siempre que en otras esferas del derecho haya sido encontrada una solución eficaz.

El derecho penal mínimo está basado en los principios penales de la intervención mínima y de la proporcionalidad, por lo que constituye un contrapeso importante para el Derecho Penal Máximo, el cual es cada vez más utilizado en la propaganda política como la forma más efectiva para disminuir la delincuencia.

Las ideas que funcionaron como cimiento del Derecho Penal Mínimo están vinculadas a algunos sectores que se han formado bajo el ala del grupo de Derecho Penal de Frankfurt, aunque tanto en Alemania como en otros países existen autores que comparten esta tendencia.

A propósito, es preciso destacar que mientras el abolicionismo pregona la supresión del derecho penal, la corriente minimalista postula su máxima contracción. Es justamente por ese motivo que la aplicación que mejor se ajusta a la justicia restaurativa es la del Derecho Penal Mínimo porque sostiene que la cárcel debe ser la solución únicamente de aquellos delitos considerados como los más graves.

Es preciso tener en cuenta que, generalmente, los autores de la corriente minimalista profundizan en la teoría del etiquetamiento social al postular que una imprudente «no intervención» ante algunos delitos puede producir consecuencias más gravosas que los beneficios que podría generar (Shacaira, 2003).

Teniendo en cuenta lo expuesto en las líneas anteriores, el abogado y jurista ítalo-francés Luigi Ferrajoli (2014) asevera que el derecho penal máximo está caracterizado, además de su excesiva severidad, por la inseguridad y la imprevisibilidad de las condenas de las penas. Consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable de forma racional ante la ausencia de parámetros

ciertos y confiables de convalidación y anulación. Así,

Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías menos idóneas para permitir la máxima expansión y la incertidumbre e irracionalidad. La seguridad perseguida por el derecho penal máximo estriba en que ningún culpable quede impune, a costa de la falta de seguridad de que también alguna persona inocente pueda ser punida. La seguridad perseguida por el derecho penal mínimo radica por el contrario, en que ningún inocente sea punido a riesgo de la falta de seguridad que implica que también algún culpable podría quedar impune. (p. 364).

Así, lo que torna al Derecho Penal Mínimo esencial es su oposición al abolicionismo, por cuanto pregona que, aún siendo mínimo, debemos tener un derecho penal formal con el objetivo de evitar una venganza privada.

3.7.4. Abolicionismo Penal

El origen del término «abolicionismo» nos remite a los trabajos de William Godwin (1756-1836). En su obra, el autor cuestiona la coerción como método de pacificación social, prevención y solución de los conflictos.

A propósito, Godwin (1945) fue uno de los pioneros del utilitarismo, considerado como la forma más apropiada para resolver los conflictos puesto que es la que persigue el mayor bienestar posible e incluye a la conciliación y la educación.

El tema se erigió en la vertiente más radical de la Criminología crítica, y defiende la extinción del derecho penal porque considera que la aplicación de los castigos más severos solo producía daños a la comunidad en lugar de repercusiones positivas.

Aún entre de los partidarios del Abolicionismo Penal, algunos sostienen que los conflictos podrían ser resueltos por otras ramas del derecho, como el administrativo y civil. En contraste otros, más extremistas, propugnaban la ausencia de leyes, es decir, el anarquismo.

En lo que respecta al desarrollo sustancial de este tema, los debates se multiplicaron luego de la aparición de las obras de los sociólogos noruegos Nils

Christie y Thomas Mathiesen, el criminólogo holandés Louk Hulsman, y, principalmente, el filósofo francés, psicólogo, teórico social Michael Foucault.

Asimismo, el juez, jurista, jurisconsulto, escribano y criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene que, al elaborar una completa historiografía de la cárcel, Foucault derribó uno de los pilares que sustentan el sistema penal, y demostró así la verdadera función ejercida por la cárcel en la sociedad moderna.

La historiografía de Foucault tiene por finalidad caracterizar la disciplina (incorporada en la estructura panóptica de las relaciones sociales) como aquella modalidad específica de poder que coloniza la génesis de la institución carcelaria, y la explica por la producción y reproducción de una 'ilegalidad cerrada, separada y útil' (la delincuencia) y, simultáneamente, de 'cuerpos dóciles', garantizando y reproduciendo las relaciones de poder (y la estructura clasista) de la sociedad. (Zaffaroni, 2010, p. 131).

En este sentido, el jurista argentino deja claro que los sistemas penales, principalmente en los países latinoamericanos, en principio funcionan para provocar sufrimiento en las personas sin ninguna propuesta práctica de resocialización o prevención positiva cuando, en verdad, deben ser reeducadas. Para el autor, el abolicionismo actual constituye un movimiento que, en los últimos años, produjo una literatura considerable, sobretodo, entre los autores del norte de Europa - principalmente escandinavos y holandeses. De esta forma, Zaffaroni considera que

Una de las características más comunes entre sus líderes es la de haber llevado adelante movimientos u organismos con participación de técnicos, presos, liberados, familiares y simpatizantes, esto es, personas con alguna experiencia práctica en el campo de la marginalización penalizada. El abolicionismo representa la más original y radical propuesta político-penal de los últimos años, al punto de que su mérito ha sido reconocido aún por sus más severos críticos. (2010, p. 135).

A su vez Nils Christie (1993), de un modo más radical, afirma que el sistema penal es un mecanismo que impone dolor, produce resentimiento y destruye las relaciones comunitarias. El sociólogo noruego entiende que los conflictos sociales serían mejor resueltos con el diálogo y la reparación que acuerden las partes, pues así las partes involucradas saldrían más fortalecidas con la solución.

Un punto controvertido en el tema es la abolición del Estado, o por lo menos,

del derecho penal, pues quienes defienden tal punto de vista consideran que si el derecho penal no es capaz de cumplir sus objetivos, debe ser eliminado.

De todas maneras, la mayoría de los operadores del derecho tiene una postura más moderada al postular que no deben ser extinguidas todas las instituciones de control, sino solo aquellas que, al pertenecer a la cultura punitiva tradicional, no evidencian eficiencia práctica alguna.

En este sentido, no debe confundirse el abolicionismo con la anarquía o con la ausencia de control social de los conflictos, la cual también pretende la despenalización y la aplicación de alternativas como modelos conciliatorios.

Es evidente que la corriente abolicionista es la que recibe más críticas, ya que los delitos graves difícilmente son evitados o encuentran solución en sanciones sociales o morales. En este sentido, el jurista brasileño Sidney Bittencourt (2013) afirma que, bajo el punto de vista práctico y efectivo, representa una alternativa dudosa, puesto que la experiencia demuestra que, para un efectivo control social, las sanciones sociales o morales han sido ineficaces o insuficientes.

Sobre el tema que estamos también se ha pronunciado Luigi Ferrajoli (2014):

Las doctrinas abolicionistas, sean radicales u holísticas, evitan las cuestiones más específicas de justificación y deslegitimación del derecho penal, calidad y cantidad de pena, calidad y cantidad de prohibiciones, técnicas de control procesal y desvalorizan toda orientación garantista, incluyendo en un único rechazo hacia los modelos penales autoritarios y los modelos penales liberales. De esa manera, no proporcionan aporte alguno a la solución de los complejos problemas vinculados a la limitación y al control del poder punitivo. Esta esterilidad en materia de proyectos es fruto de la inconsistencia lógica y axiológica de los proyectos iusnaturalistas en los que se basan las dos versiones contrarias del abolicionismo. (p. 234).

Consideramos que resulta innegable que, de implementarse el abolicionismo, la posibilidad de que algunos individuos deban permanecer encarcelados, aunque llegara a ser algo totalmente diferente de lo que vemos en la práctica, la simple aplicación de la Ley de Ejecución Penal (LEP) traería aparejados efectos positivos.

Por otra parte, resulta importante advertir que la aplicación de la LEP podría provocar el regreso de la ilegítima práctica de la venganza privada, puesto que, ante la ausencia de normas taxativas, resultaría viable la implementación de la «ley natural» del más fuerte.

En tal sentido, la total ausencia del derecho penal sin dudas conduciría al surgimiento de instancias que producirían mayores efectos negativos al conjunto de la sociedad, sin que, probablemente, fuesen acompañadas de efectos preventivos comparables a los del propio derecho penal (Sánchez, 2011).

En este punto, es pertinente citar nuevamente a Eugenio Zaffaroni (2011):

Sin duda, le asiste razón [a Hulsman] en cuanto a la posibilidad de reducir la represividad del sistema y, aún más, creemos que carece de fundamento imaginar la viabilidad abstracta de resolución de los conflictos sociales por una vía no punitiva. La crítica que nos merece el abolicionismo es que no sitúa claramente el problema en la historia. Hemos afirmado y reiterado que el sistema penal es solamente una forma del control social institucionalizado y, como es lógico, el control social no desaparecerá, porque no desaparecerá la estructura de poder dentro de la sociedad. Consecuentemente, lo lógico será que, si el sistema penal cede mucho margen de control social, ese control será igualmente ejercido bajo otras formas que no siempre serán mejores en lo que hace al respeto a la dignidad humana. (p. 380).

Asimismo, el autor afirma que tenemos sociedades concretas con estructuras de poder también concretas que podrían permitir el cese del control social en la medida en que no vean su poder amenazado, pero que podrían ejercer el poder por medio del sistema penal o por cualquier otro medio de control social cuando perciban que su hegemonía social está en peligro. Es decir que puede ser peor una ampliación del control psiquiátrico, administrativo, asistencial etc., que la propia acción punitiva del sistema penal (Zaffaroni, 2011).

Respecto de la necesidad de un sistema penal formal, otra palabra de autoridad es la del erudito del derecho penal Winfried Hassemer (2003), quien sostiene que el derecho penal y el derecho procesal penal son necesarios debido a que delimitan los procedimientos de control social porque los vuelven más sensibles a ser evaluados en vinculación con principios fundamentales que sirven como protección a todos los seres humanos, inclusive a los probables responsables, los sentenciados, las víctimas, los que aplican la justicia y la sociedad.

Formalizar el control social no es sino limitar las facultades de injerencia penal. Sin embargo, al ser trasladadas al ámbito del derecho penal, esas reglas informales necesitan estar debidamente descritas y publicadas en una ley, no pueden ser utilizadas de forma retroactiva y tampoco ser extendidas mediante la analogía en perjuicio del acusado. El individuo se puede defender y dejar que otros lo defiendan, como

también contar con la ayuda del Estado cuando sea necesario; las sanciones no pueden ser desproporcionadas respecto al hecho o a su peligrosidad; debe existir la opción de que la sentencia sea revisada en otra instancia y la posibilidad de defensa contra un juez parcial. No solo el magistrado, sino también quién legisla en materia penal, está sujeto a los límites de un Derecho Penal formalizado. (p. 709).

Por lo tanto, aunque resulte de difícil aplicación, el abolicionismo se muestra extremadamente importante como contrapartida al Derecho Penal Máximo, y aporta cuestionamientos y datos relevantes para el sistema punitivo.

3.7.5. Justicia restaurativa vs. Justicia Retributiva

Resulta evidente mencionar que no puede negarse la importancia del modelo retributivo, sobre todo para dar solución final a los delitos extremadamente graves y violentos, aún cuando no presente un modelo válido de resocialización y disminución de la delincuencia. En muchos casos, está comprobado que es la única alternativa viable.

Si bien el derecho penal es considerado como la *ultima ratio*, en ciertos momentos debe ser llamado a tutelar, por medio del rigor de sus penas, bienes jurídicos cuya violación no es suficientemente anulada por medio de la protección, siempre menos incisiva, que pueden proporcionar la esfera civil y la esfera administrativa.

Una alternativa superior sería fusionar los dos modelos y, atendiendo al principio de la proporcionalidad, dejar, por lo menos inicialmente, que el modelo conciliador resuelva la mayoría de los conflictos leves. Tal propuesta, además de aliviar el cúmulo de tareas que soporta el poder judicial, se muestra mucho más adecuada para la reducción de la delincuencia y presenta un índice de comisión de nuevos delitos menores en comparación con los que atiende la justicia retributiva. De acuerdo con el jurista brasileño Marcelo Gonçalves Saliba (2009):

La deslegitimidad de las instituciones totales o aparatos represivos del Estado, la revitalización de la víctima, la participación de la comunidad en la solución de los conflictos definidos como delitos, el respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos humanos,

consolidan la Justicia restaurativa y apartan el viejo sistema retributivo dictado por la justicia penal. (p. 146).

3.7.6. Justicia restaurativa y mediación para adolescentes en conflicto con la ley

Actualmente, el otorgamiento del poder de aplicar penas al Estado, sumado a la formación de la sociedad de masas, contribuyó a la pérdida de las referencias comunitarias y de la sensibilidad de los individuos entre sí, y trajo como consecuencia que la respuesta a determinadas infracciones esté- nuevamente- vinculado con la noción de venganza, esta vez, ejecutada por el Estado.

La imposición de la sanción penal sirve tan solo al propósito de imponer un mal legalmente definido (causar sufrimiento) a quien causó otro mal a otros (provocó el sufrimiento ajeno). De esta forma, y con base en estas afirmaciones, es que investigamos la hipótesis de la práctica de la mediación, que encuentra sus cimientos en los Principios de la Justicia restaurativa. A propósito, esta se constituye en la reacción viable, necesaria y legítima, adaptable al ordenamiento jurídico brasileño, para abordar los conflictos que los adolescentes tienen con la ley. Esto último, sin eliminar del todo al modelo vigente, el punitivo-retributivo, pero con la intención de que este sea residual.

La Justicia restaurativa, la cual incluye a la mediación como abordaje, puede posibilitar la apertura de espacio para el diálogo entre el ofensor y el ofendido con la finalidad de retirar al Estado cuyo papel muchas veces es el del vengador público. En esta línea de razonamiento, la justicia restaurativa se presenta como un intento de quebrar el ciclo de la violencia penal, mientras que la justicia punitiva quedará reservada apenas para ciertos casos de extrema necesidad.

Es preciso señalar que la justicia restaurativa y la mediación fueron descritas también a partir de la explicitación del criminólogo estadounidense Howard Zehr y, más específicamente, del abogado y profesor de derecho penal Alexandre Morais da Rosa, del abogado y especialista en derechos de los adolescentes Armando Konzen y del psicólogo y mediador Juan Carlos Vezzulla, en lo que refiere a la justicia restaurativa aplicada a través de la mediación para adolescentes, a quienes se atribuye la práctica de actos delictivos.

Para llegar a la discusión de las ventajas de la aplicación de la justicia restaurativa a través de la mediación para dicha población, respecto de la antigua doctrina de la situación irregular, las intervenciones de naturaleza caritativa, asistencialista y curativa aplicadas durante la vigencia del Código de Menores sirvieron solo para reforzar la exclusión social de los adolescentes.

En la actualidad, cada vez que se suman nuevos problemas a aquellos que antes colocaban al adolescente en posición de conflicto con la ley, la Doctrina de la Protección Integral construyó en Brasil una legislación garantista al limitar el poder estatal en la aplicación de medidas privativas de libertad a los adolescentes.

Si bien el sistema socioeducativo de la doctrina actual debe seguir la lógica de aplicar tal medida de forma excepcional, y siempre respetando los principios de la brevedad y de la condición del adolescente como persona en desarrollo, el proceso que da origen a la aplicación de la medida continúa siendo de tipo acusatorio, a lo que se suman los problemas propios del establecimiento educacional, al cual se dirigen los sentenciados de la privación de la libertad.

Armando Konzen, cuya palabra nos resulta de completa autoridad, afirma que

La privación de libertad aparta al adolescente de la convivencia social, acabando muchas veces por contradecir enteramente su objetivo socioeducativo: Tal cual la prisión, los establecimientos educacionales destinados a la privación de libertad de los adolescente son producto de la misma cultura técnico-disciplinaria que se fundamenta en la idea de transformar a los individuos [...]. No se debería, en vez de solo intentar mejorar lo que bravamente resiste a cualquier mejora, invertir más consistentemente en dimensiones que tengan la capacidad de evitar la institucionalización? (2007, p. 66).

Podemos observar que, para Konzen, la privación de libertad debería ser pensada solo como una moratoria, pero el apoyo fundamental para resolver el conflicto debe ser otro que no esté apoyado necesariamente en el sistema acusatorio de la tradición retributiva, pero que admita la participación de los directamente e indirectamente interesados en sus consecuencias.

La propuesta de Konzen no se identifica con alternativas abolicionistas ni con mecanismos de desjudicialización o minimización de la responsabilidad y del papel del poder público con la actividad represiva, sino que devuelve enteramente la solución de los conflictos a los que tienen interés directo, e insiste en comprometer a las partes del conflicto en el proceso resolutorio y en sus implicancias para el futuro.

Así, Konzen inscribe en la línea de quienes proponen un procedimiento de justicia restaurativa y dejan de lado los mecanismos del sistema acusatorio de la tradición retributiva cuando se trata de adolescentes.

Al contrario de los movimientos abolicionistas, que pretenden que la solución del conflicto quede en las manos de la víctima y del ofensor sin la intervención de terceros, en el caso, el Estado-Juez, el movimiento restaurativo dialoga con la justicia penal estatal y sugiere la existencia de principios reguladores, control y supervisión pública de los acuerdos.

De este modo, la justicia restaurativa realiza un salto necesario para la actual complejidad social y cultural, que va más allá de los debates de las escuelas de Criminología y de los esquemas aferrados a la defensa social, al derecho penal mínimo o abolicionista.

La justicia restaurativa no debe confundirse con un abordaje permisivo para con quien comete el delito, pero sí como una alternativa eficaz en contraposición al sistema retributivo. El compromiso consciente y activo para abordar una problemática delictiva, así como el compromiso de la víctima en la búsqueda de posibles soluciones para el conflicto, resultan estructurantes en este tipo de prácticas restaurativas. A propósito, Konzen (2007) afirma que

En la dialéctica del sistema acusatorio de la tradición retributiva, los sujetos del desencuentro productor de la violencia, los sujetos del conflicto, no se hablan. Tampoco se encuentran el uno con el otro, salvo que una incómoda casualidad los haga coincidir en la sala de espera. No se hablan sino por medio de la observación silenciosa de aquel al que se escucha hablar, todo reducido a un contenido, reducido por el ropaje simbólico de una posición, de la posición de ofensor, de la posición de víctima, de la posición de testigo. Posiciones organizadas estratégicamente para evitar el encuentro y el habla. Porque el habla entre los protagonistas del desencuentro de justificación del proceder es una institución temida por el sistema y, por eso, el tema debe ser evitado. Inclusive, si es necesario, con un retiro estratégico de escena de aquellos que no declaren, exactamente por los temores al resultado del encuentro, propuesta de retiro justificada por la fórmula de evitar (nuevas) incomodidades. (p. 136).

El nuevo paradigma de la justicia restaurativa propone que tanto ofensor como víctima, así como otros posibles perjudicados por el acto cometido, sean invitados a participar directamente del proceso a través del diálogo asistido. En tal sentido, Konzen sostiene que el grupo principal (las partes más comprometidas e

interesadas, el ofendido, el ofensor y sus respectivos familiares) tienen necesidades específicas y un papel activo en el proceso restaurativo. Pero también existe el grupo secundario, el cual está conformado por aquellas personas con algún tipo de responsabilidad respecto de las directamente afectadas, la llamada comunidad de asistencia. Entre ellos, los propios representantes del Estado.

Las partes interesadas principales tendrían la necesidad de expresar sus sentimientos y tener voz activa en el proceso de reparación del daño. [...] Las partes secundarias tendrían el papel de apoyar y facilitar los procesos de integración de la víctima y del transgresor, fortaleciendo a la comunidad, aumentando la cohesión y ampliando la capacidad de los ciudadanos de solucionar sus propios problemas. Las necesidades a ser restauradas consistirían así, en la reparación propiamente dicha, en una asunción de responsabilidades y en la reconciliación. (Konzen, 2007, p. 80).

La transformación del paradigma de la retributividad hacia el paradigma de la restauratividad corresponde a la sustitución de una cultura de culpa, que miraba hacia el pasado, por una cultura de aprendizaje, que mira hacia el futuro, y se instala la posibilidad de inaugurar una responsabilidad activa de los sujetos involucrados, la cual en el sistema retributivo es enteramente transferida al Estado.

La Justicia restaurativa, en esa instancia, propone otra mirada a las formas de proceder frente a la responsabilización del agente en situación penal, antes sobre la razón de ser de la imposición de una pena, o de la medida, también, y principalmente sobre los modos relacionales de alcanzarla. La propuesta del sistema acusatorio es relacional, aunque en forma de arreglo lineal, jerarquizado y de partes enfrentadas, una dialéctica de estremecimiento, de pretensiones en conflicto. [...] El problema reside en la falta de alternativas del Estado-Juez, en la presencia de tan solo una única opción válida, penar o dejar de penar, aplicar o dejar de aplicar la medida. Así se instalan espacios para el ejercicio de una buena nueva, en que las posibilidades ofrecidas por la Justicia restaurativa no se dirigen hacia la abolición y tampoco propiamente hacia la búsqueda de alternativas a la punición. Lo que habilita la restauratividad consiste en otro modo de proceder ante la conducta ilícita, con el compromiso de los directamente interesados, antes, durante o después del ejercicio de la jurisdicción, con la instauración de la posibilidad y de la legitimidad para otros acuerdos. (Konzen, 2007, p. 94).

Podemos observar que, según Konzen, en el sistema retributivo generalmente

ocurre que las infracciones más leves son ignoradas, mientras que las más graves y reiteradas generan como respuesta severas puniciones, lo que genera en aquel que cometió el acto infraccional grave la idea de que fue arbitrariamente juzgado esa vez, ya que antes había infringido la ley muchas veces sin haber recibido un castigo.

Finalmente, Konzen sostiene que la justicia restaurativa presenta un aspecto educativo, puesto que estimula la reflexión e aquel que comete infracciones consideradas leves, pero que la mayoría de las veces son la puerta de entrada a una sucesión de actos infraccionales posteriores.

Alexandre Morais da Rosa (2007) afirma que «ideal pedagógico»- el cual también está presente en la medida socio-educativa- se contradice ante la defensa del garantismo, puesto que «mientras se mantenga la perspectiva pedagógica – reforma subjetiva del sujeto adolescente – de las medidas socio-educativas, nada cambia» (p. 14).

Para este autor, lo que se espera en una sociedad democrática, es que se respete la autonomía del adolescente con la sola imposición de restricciones personales cuando se verifiquen los presupuestos del debido proceso legal. Al acogerse los efectos re socializantes de las medidas socioeducativas, queda aniquilada cualquier pretensión garantista. A propósito:

Democráticamente, se indica que la intervención en el área del acto infraccional requiere el diálogo con otros saberes: Psicoanálisis, Criminología, Economía, entre otras. Debe entenderse que el sistema de control ejercido por la justicia infraccional es un poderoso mecanismo ideológico de selección y etiquetamiento, oportunamente denunciado por la Criminología Crítica. (Morais da Rosa, 2007, p. 255).

En contraste con la propuesta de Morais da Rosa, Konzen (2007) tomó como fundamento el pensamiento ético de Emmanuel Levinas¹ y desarrolló la mediación penal en la que justificó el proceder de la Justicia restaurativa en el diálogo con el pensamiento del filósofo antes mencionado como forma de revisión crítica de los modos de resolución de los conflictos de naturaleza infraccional.

La obra de Levinas abre espacio al tema de la relación con el otro y del

¹ Filósofo francés de origen judaico (1906-1995) que estuvo atravesado por la multiplicidad de problemas de la Segunda Guerra Mundial, pues había sido reclutado por las fuerzas militares y permaneció prisionero en un campo de concentración durante cinco años.

lenguaje como modo de responsabilidad en el encuentro entre sujetos separados. El Otro, para Levinas, es aquel totalmente diferente, y su reconocimiento consiste justamente en verlo de esta forma, y exige una responsabilidad por parte de aquel que lo encuentra.

En este sentido, el acto infraccional y su autor, en el modo de proceder del sistema acusatorio, están insertos en un positivismo clasificatorio que los categoriza. Durante el procedimiento, el acusado no es un interlocutor en términos de reciprocidad. El acusado habla solamente para confirmar o negar el hecho y las acusaciones.

Después de formar su convicción, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la acción y de la medida. Al juez también le compete realizar el ajuste proporcional entre la gravedad del hecho y la consecuencia. Como consecuencia, el dolor del ofendido y la culpa del ofensor, así como las consecuencias y la responsabilidad de llevar adelante su vida, ceden lugar al examen del tipo penal y a la resolución de la medida que el Estado adoptará.

Tampoco cuentan aquí las relaciones entre los sujetos del conflicto, puesto que, una vez que se ingresa al ámbito de la justicia, no corresponde involucrarse en la búsqueda de una solución o la posibilidad de contribuir a la pacificación del conflicto:

Esto podría instrumentarse así en los procedimientos del sistema penal aplicado a los adultos, y no sería diferente en el proceder del sistema aplicado a los adolescentes. Será el adolescente sometido al proceso, el sujeto pasivo del procedimiento, una forma de totalidad ritual en la que poco importan las relaciones entre los individuos actores del conflicto- causa del modo de proceder. El adolescente estará presente por medio de un representante. Esta es una exigencia formal del sistema que garantiza su libertad, y que no es susceptible de ser modificada por voluntad del poder estatal. (Konzen, 2007, p.122).

Vemos la forma en la que Konzen alerta sobre la posibilidad de indagar si la práctica de la justicia restaurativa tendría legitimidad en el contexto del respeto a la condición humana de la persona adolescente, caracterizado como una persona en proceso de desarrollo, objeto de una tutela diferenciada y, al mismo tiempo, conservarse para el adolescente las garantías previstas por el sistema acusatorio. El especialista en derechos de los adolescentes concluye que no existen, en la

perspectiva de la adopción de prácticas restaurativas en la solución de conflictos de naturaleza penal o infraccional, imposibilidades de convivencia armónica de los modelos restaurativo y garantista. Ello, en virtud de que la práctica de la justicia restaurativa requiere de la voluntad expresa y libre de todas las personas directa e indirectamente interesadas en el conflicto, sobretodo de quien fue perjudicado por la conducta y de la voluntad del autor de la conducta, que debe haber admitido su autoría y el deseo de responder por ella. Así, al considerar que el Estado es indispensable como fuente de justicia y contención de la violencia, Konzen (2007) no sugiere un modelo abolicionista, o excluyente de la justicia formal y del Estado Democrático, sino que propone que se instituya o se justifique, en las relaciones entre Estados o de sus representantes ante los ciudadanos, o entre sujetos, la importancia de la palabra, de la mediación, como modalidad ética para resolver el conflicto y la violencia:

El modo de proceder de la justicia restaurativa se nutre, como característica fundamental de distinción con relación al modo de proceder de la tradición retributiva, del deseo de la instalación del ambiente en donde los sujetos en conflicto son merecedores de un derecho, el derecho al ejercicio de la palabra. No se trata de la palabra de la estructura legal del interrogatorio, ni de la palabra de la orden del «responda-lo-que-se-le-pregunta» de las declaraciones, formas de sumisión típicas de las relaciones de poder. Se trata de una palabra puesta en la circularidad horizontal de los hablantes directamente interesados, *locus* en el cual el habla se concreta sin intermediarios, es cara a cara, mirándose a los ojos. Expreso mi dolor como ofendido y oigo. Expreso mis razones de ofensor y oigo. En el encuentro y en la circulación del hablar y el oír, la circulación de nuevos sentidos. (p. 124).

El procedimiento proporcionado por la justicia restaurativa no se presenta para extinguir la tradición retributiva ni negar su valor para determinadas circunstancias, sino apenas para abrir una hendidura en la rigidez del sistema y así admitir otros modos de proceder en respuesta al desencuentro ético que produce la violencia.

El encuentro que ocurrirá no será causal, sino preparado, no será forzado, pero exigirá concordancia de ambas partes. El ejercicio de la palabra será el instrumento para la construcción de otros sentidos, no para reproducir violencia.

Asimismo, la paz no será producida por la astucia o por la dominación, sino

por el diálogo, que no busca tanto comprender, sino más bien romper con el miedo y la indiferencia, y generar la asunción de responsabilidades éticas.

Juan Carlos Vezzulla, por su parte, se ocupó de la práctica de la mediación de conflictos con adolescentes autores de actos infraccionales. En su estudio acerca de la condición especial de adolescente como persona en desarrollo, contempla los aspectos psicosociales, familiares y económicos que deben ser examinados en ocasión de aplicación de las medidas socioeducativas y asumen la práctica de la mediación como un instrumento indispensable para la prevención y transformación de la conducta infraccional durante el período de la adolescencia.

En su paso de la dependencia infantil a la autonomía de un adulto, los adolescentes pasan por una fase de experiencias en la cual muchas veces asumen conductas agresivas, a veces violentas. Es por eso que Vezzulla sostiene que una sistematización del procedimiento de la mediación de conflictos podría producir los efectos socioeducativos deseados por las normas vigentes en la Constitución Federal de 1988 y en el Estatuto del Niño y del Adolescente.

Con esta premisa, el psicólogo portugués propuso un modelo de procedimiento de Mediación para ser implementado en los Juzgados de la Infancia y de la Juventud en Brasil, con la finalidad de contemplar al adolescente con sus necesidades propias de sujeto en desarrollo, y que le permite elaborar y transformar positivamente su conducta.

Para Vezzulla (2008), el Estado, al introducir la práctica de la Mediación en casos de actos infraccionales, podrá auxiliar al adolescente a constituirse como sujeto de sus acciones, en la medida que el sujeto de derecho tome conciencia de su situación -así como de la repercusión del acto infractor que cometió- a partir del diálogo con el ofendido. De esta forma, el acto infraccional puede llegar a transformarse en una experiencia de vida que contribuya a su emancipación y a la transformación de su conducta en el futuro.

Vezzulla realizó un abordaje multidisciplinario del proceso vivido por el ser humano en la adolescencia, fase de la vida que la Constitución brasileña de 1988 reconoce como condición de persona que se encuentra en estado de desarrollo. El especialista en mediación considera que cada adolescente posee identidad propia y situaciones personales, familiares y sociales específicas. A partir de estas caracterizaciones, elaboró una interrelación entre los aspectos psíquicos y socioeconómicos que propician su entrada y permanencia en la marginalidad.

Al centrarse en la adolescencia como un momento del desarrollo del ser humano eminentemente vinculado con lo social y no taxativamente con lo biológico, Vezzulla considera absolutamente necesario el acompañamiento de la familia y de la comunidad en el pasaje de la dependencia infantil a la emancipación psicológica, funcional, social y económica de cualquier individuo.

Lo más importante a ser destacado en el adolescente tiene que ver con sus aspectos psíquicos intrapersonales y su inserción en la sociedad, tanto en la forma en la que se relaciona con los otros, en lo que hace a su auto-identidad y a los espacios que la sociedad le facilita para que pueda realizar el paso de la dependencia infantil a la autonomía.

Vezzulla (2008) coloca como centro de la cuestión social del adolescente, a quien se le atribuye la práctica de un acto infraccional, la forma en la cual este es percibido por sí mismo, por la familia, por la comunidad y por la sociedad en general, que la mayoría de las veces no respeta su condición de persona en proceso de desarrollo y lo estigmatiza taxativamente como infractor, concepción que, probablemente, él mismo asuma como su propia identidad y llegue a generar su reincidencia en actos delictivos.

La adolescencia se diferenciò de de la juventud a partir del siglo XIX, pero no hace mucho tiempo que es reconocida por antropólogos, médicos, psicólogos, sociólogos y juristas como un período fundamental para cuando la persona alcance la adultez, de modo que los legisladores que redactaron y aprobaron en Brasil la Constitución efectuaron una salvedad para esta franja etaria en la aplicación de las medidas socioeducativas, especialmente la de privación de la libertad.

Una de las cuestiones abordadas por Vezzulla, respecto de la condición especial del adolescente, se refiere a la vida familiar. Es sabido el decisivo papel que la familia tiene en la formación de la personalidad del individuo, al punto de ejercer una influencia decisiva en su comportamiento y sus relaciones, sobretodo en la forma que se posicionará como miembro de la sociedad o al margen de ella. En general, el niño -cuando es pequeño y obedece a las reglas de los progenitores- es atendido y protegido. Pero cuando es adolescente, incomoda a la vez que se siente incómoda, y actúa algunas veces como niño, pero otras, como adulto. Esto provoca perplejidad en los otros miembros de la familia, que lo juzgan de infantil o de persona maduro de acuerdo a las circunstancias, como si las únicas dos opciones fueran ser niño o ser adulto.

Para Vezzulla (2008), la crisis de la adolescencia es vivida por el conjunto familiar y, dependiendo de cómo esta sea atravesada, puede impedirle al adolescente fortalecer o no su identidad. Esto termina por perjudicar en muchas ocasiones el desarrollo saludable del adulto en el cual deberá transformarse.

El rechazo familiar y social de la adolescencia como período natural que debe ser atendido y apoyado produce una reacción que potencia la insatisfacción del adolescente y aumenta el grado expresivo del reclamo para requerir la atención necesaria. Esta expresión, a veces agresiva y hasta violenta, produce la conducta transgresora toda vez que no recibe el apoyo para atender su angustia y la manera adecuada de canalizar su energía vital y sus deseos inconscientes. La ley es vista como un desafío, el adolescente procura encontrar su propia ley, piensa que pasar de la dependencia a la independencia exige una total ruptura de las normas. Si el adolescente fuera atendido y escuchado por la familia y por la comunidad, ese proceso podría ser simbolizado, sublimado y hasta aprovechado para que él mismo pudiera utilizar creativa y positivamente esta energía vital. La ley es transgredida porque el adolescente no es respetado. (Vezzulla, 2008, p. 66).

Desde esta perspectiva, la falta de diálogo con su entorno más próximo resulta un problema muy grave porque es a través de la palabra que el individuo construye su relación con la norma y con los otros. Así, cuando existe el diálogo, resulta más fácil poder concebir diversidad de edades, culturas y pareceres mediante una escucha activa y recíproca entre sujetos sociales. Pero si el intercambio dialógico no es posible, el silencio favorece el aislamiento, y el adolescente procura apegar-se a símbolos y a poseer objetos que le faciliten el reconocimiento de los demás como una marca identitaria.

Así, en una sociedad capitalista de consumo, plagada de prejuicios, en la cual la publicidad se encarga de mostrar que si usa una determinada marca comercial estará integrado, será aceptado, el adolescente confundirá el ser con el tener y podrá echar mano a cualquier recurso para obtener los objetos deseados. Lo mismo sucede con la adquisición de drogas ilegales a las que muchos adolescentes pueden acceder muy fácilmente con la finalidad de satisfacer temporalmente sus ilusiones, o bien como forma de incrementar o apaciguar su enojo o rabia frente a la exclusión social que experimenta, sea esta real o imaginaria.

En el caso de las familias desfavorecidas social y económicamente, es probable que los responsables de las personas en desarrollo (los adolescentes) en vez

de acompañarlos cuasi en todo momento tengan que estar trabajando durante todo el día para poder contar con lo mínimo e indispensable para su subsistencia y reproducción, o incluso, puede ocurrir que se encuentren en la marginalidad. En estos casos, los niños y adolescentes quedan en un extremo estado de soledad y muchas veces responsables de sí mismos obligados a mendigar, a trabajar a cambio de comida o de unas pocas monedas. En los casos más extremos, llegan a cometer hurtos poco significativos, pero hurtos al fin.

En muchos casos, los adolescentes son considerados por sus familiares como fuente de ingresos financieros o puestos en la función de padre o madre sustituto de sus hermanos menores. Asimismo, se les impone una responsabilidad que no se condice con su edad, y para la cual no cuentan con la madurez psicofísica necesaria.

Es preciso resaltar que el Estatuto del Niño y del Adolescente establece, en el Art. 23, que ni la falta o la carencia de recursos materiales constituye motivo para la suspensión de la patria potestad. La norma agrega, en su apartado único, que esa familia debe obligatoriamente ser incluida en programas oficiales de auxilio. Las familias que no pueden cumplir su función deben recibir la atención necesaria del Estado para poder ejercer sus obligaciones y sus derechos.

Vezzulla (2008) define la adolescencia como un momento en que el individuo realiza experiencias de emancipación, en el que se siente habilitado para transgredir los límites en la atención de sus deseos o necesidades, lo cual resulta importante para reconocerlos y llegar a aprender a lidiar con ellos, y para poder enseñarles a ser responsables de sus actos y que puedan así realmente ejercer la independencia.

En este sentido, y en la misma línea de razonamiento, el psicólogo y mediador portugués, sostiene que cuando afirmamos que la transgresión en los adolescentes constituye un aprendizaje respecto de cómo atender sus necesidades, no se está limitando solamente a las que se inscriben en aquellas vinculadas con lo económico, sino que también se refiere a aquellas que reclaman momentos de esparcimiento, el intercambio de cariño y de respeto, el aprendizaje sobre cómo adquirir habilidades para llevar a cabo su propia vida en sociedad. Es decir, si un adolescente con mayores recursos recibe de sus padres o tutores solo cosas materiales (mucho dinero, regalos caros como un auto o una moto) tampoco estará siendo respetado por tener a su disposición bienes y objetos que exigen más madurez para su uso. También debemos considerar que si el adolescente dispone de una cantidad de dinero superior a la que podría ganar al inicio de una carrera profesional,

se tornará más dependiente de los padres y de su poder económico, desarrollando una falsa identidad, a la vez que se estará exigiendo de él una conducta que no está en condiciones de ejercer.

Cuando en las familias se utiliza el dinero como medio de interrelación, se subestiman los intercambios de afecto, de tiempo y de actividades. Así como la exigencia de trabajar, de aportar dinero en las familias carentes y de ejercer funciones inadecuadas para su edad es una forma de desatender sus necesidades y no respetar su momento evolutivo; poner a su disposición bienes y dinero que el adolescente no está en condiciones de administrar tampoco respeta su condición y refuerza su dependencia de los deseos materno y paterno. No hay diferencia de identidad, no hay diferencia de necesidades, ni de responsabilidades. En ambos casos, se trata de obstáculos para que los adolescentes completen su paso a la independencia por ser asegurados y mantenidos como apéndices del poder familiar. Si la comunidad no abre ese espacio al adolescente y lo reconoce como integrante activo con funciones, responsabilidades y derechos, facilitando la convivencia, el único espacio que quedará para él será el de la exclusión, que genera violencia. (Vezzulla, 2008, p. 80).

Con relación al papel del Estado en la prevención de los actos infraccionales cometidos por adolescentes, el Estatuto del Niño y del Adolescente, en su Art. 4º, da absoluta prioridad a la efectivización de los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria como deber de la familia, de la sociedad en general y del Poder Público.

De todas maneras, son pocos los programas que invierten en infraestructura educacional y recreativa para la capacitación y la profesionalización de los adolescentes, lo que les facilitaría una vida satisfactoria con la realización de sus capacidades y los fortalecería lo suficiente como para estar en condiciones de no ser explotados forma ilegal.

Sin embargo, la mayoría de las veces, la respuesta dada a esta problemática recurre a la penalización, la reclusión y la exclusión social. También la escuela, por su función capacitadora y socializante, tiene el deber de apoyar al adolescente para que este desarrolle sus potencialidades físicas, intelectuales y artísticas, lo cual sería de gran ayuda en su proceso de desarrollo. No obstante, en numerosas ocasiones sucede lo contrario, es decir, esta institución, a través de distintas modalidades de exclusión rechaza las opiniones y necesidades de los adolescentes y no problematiza su postura.

Sin espacio familiar o social donde crecer y atravesar este momento crucial en su desarrollo en el que aún no tiene una identidad definida, el adolescente suele recurrir al uso de la agresividad para defenderse, o para obtener un espacio en la comunidad que le es permanentemente negado. En síntesis, para ser considerado un sujeto y no ser más objeto de la familia, de la escuela y de la sociedad.

Por otro lado, y desde otra perspectiva académica aunque en la misma línea de razonamiento, el pediatra, psiquiatra y psicoanalista inglés Donald W. Winnicott (2005), realizó avances que consideramos importantes para este estudio sobre el papel de la vida familiar en el desarrollo de la tendencia antisocial que desemboca en la práctica, en repetidas ocasiones, de actos infraccionales.

El comportamiento antisocial será manifestado en el hogar o en una esfera más amplia. En virtud de la tendencia antisocial, el niño finalmente tendrá que ser considerado inadaptado y recibir tratamiento en un alojamiento para niños inadaptados, o podrá ser llevado a los tribunales como niño incontrolable. Ahora delincuente, el niño puede tornarse un individuo en libertad condicional por orden judicial o ser enviada a un reformatorio. Si un aspecto importante del hogar deja de funcionar, el niño podrá ser asumido por el *Children's Committee* (según el «ChildrenAct», 1948) y recibir 'asistencia y protección'. Si fuera posible, se le encontrará un hogar adoptivo. Y si todas esas medidas fracasar en, el joven adulto será considerado un psicópata y será enviado por los tribunales a un instituto correccional para jóvenes delincuentes o a una prisión. Puede haberse establecido una tendencia para repetir delitos, para lo que se utiliza el término «reincidencia». (p. 138).

A propósito de lo antes mencionado, el Estatuto del Niño y del Adolescente es claro cuando se refiere a los cuidados diferenciales que deben adoptarse y a los objetivos que debe alcanzar la sociedad, la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial, cuando se trata de actos infraccionales cometidos por adolescentes.

Por otra parte, cuando se produce algún tipo de privación en la vida familiar durante la infancia y el niño llega a practicar actos infraccionales, el Estado tiene la obligación y el derecho de acudir a los preceptos de la ley, según establecen la Constitución Nacional y la Ley 8.069/90 (Estatuto del Niño y del Adolescente).

No obstante, luego de la descripción detallada del itinerario de un niño que llega a la adolescencia sin superar la práctica de actos infraccionales, el cuerpo legal deberá suplir la situación, no a partir del castigo, sino a partir de la emancipación obtenida por la facilitación del desarrollo de sus habilidades y capacidades.

En relación con los procedimientos de los Juzgados de la Infancia y de la Adolescencia, Vezzulla (2008) afirma que el exceso de tiempo transcurrido entre la realización del acto infraccional y la audiencia con el Juez vacía de sentido cualquier intervención socioeducativa, cuando, muchas veces, en este período de espera, el adolescente reiteró o cometió ya infracciones mayores, o bien superó los 18 años.

Debido a lo que expresamos anteriormente, el excesivo formalismo de la Comisaría y de los Tribunales confunde al adolescente, pues este no recibe ninguna información sobre lo que se está realizando o sobre el proceso que debe continuar. Por ejemplo, en la comisaría no se lo advierte sobre la trascendencia de sus declaraciones y de cómo ellas pueden agravar su situación. O bien, la mayoría de las veces no se respeta el derecho mínimo de contar con asesoramiento legal antes de efectuar cualquier declaración.

El adolescente es capaz de confesar actos que no cometió o reconocer hechos que no favorecen su situación procesal en la entrevista informal con el fiscal, y éste puede usar esa información en su presentación al Juez.

Por último, cuando los daños son irreparables, se recurre a la internación del menor y se produce la estigmatización definitiva de este considerado como delincuente o infractor.

3.7.6.1. Mediaciones y su vínculo con el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley

Vezzulla (2008) efectuó la siguiente exposición sobre la aparición de la Mediación de Conflictos en los Estados Unidos

En 1947, el gobierno de los Estados Unidos sancionó la ley que creó el *Federal Bureau of Mediators*, cuerpo de mediadores capacitados para actuar en los conflictos laborales. [...] La situación insostenible de la guerra fría en los años cincuenta y sesenta llevó a los grupos de investigación de las universidades norteamericanas a profundizar los métodos o sistemas de negociación que pudieran mantener sin sobresaltos la tensa relación entre los Estados Unidos y la Unión Soviética. Como resultado de tal investigación, en Harvard, se elaboró el desarrollo de procedimientos y de técnicas destinados a superar los impasses en las negociaciones, introduciendo los conceptos que el

Psicoanálisis y la Lingüística habían presentado sobre la comunicación y la construcción del discurso, y su relación entre lo manifiesto y lo subyacente. [...] Para la negociación cooperativa, la atención del negociador debe estar centrada en los conflictos objetivos, contornando los conflictos subjetivos y separándolos de los objetivos para permitir así su tratamiento. [...] Hoy en día, se llama mediación de Harvard o estilo básico, tradicional de mediación centrado en el objetivo del acuerdo y la eliminación de los impasses. Toda la estrategia del mediador está orientada a conseguir el acuerdo. Pero, a diferencia de la conciliación, ese acuerdo surge de un trabajo de investigación, de reflexión, de recolección de información y de creatividad en la elección de las mejores opciones de solución. (p. 90).

De acuerdo con Vezzulla, a partir de los conceptos desarrollados por la Escuela de Negociación de Harvard, surgieron los otros modelos de mediación, como la mediación estructurada a partir de la Teoría de los Sistemas, que se basa en el trabajo del mediador sobre las relaciones y la comunicación a partir de conceptos sistémicos, y la Mediación Transformativa, que privilegia la labor del mediador por sobre los participantes y su preparación para que estén en condiciones de atender y resolver los propios conflictos.

La mediación estructurada a partir de la Teoría de los sistemas trabaja la interrelación entre los participantes de un modo más profundo, a la búsqueda de una modificación que produzca el cambio del sistema y cree una aptitud mayor en las personas que se someten a la mediación en el abordaje de los conflictos. A partir de la terapia sistémica de familia y de parejas, la mediación sistémica tuvo su mayor desarrollo en el área de los conflictos familiares. (Vezzulla, 2008, p. 96).

La Mediación transformativa, surgida en la segunda mitad del siglo XX, no tiene como propósito inmediato la resolución del conflicto, sino proveer a cada parte de los medios para llegar a comprender el punto de vista la una de la otra, para hacerlas sentirse capaces de manejar adecuada y pacíficamente su relación, lo que incluye la restauración, en los individuos, del sentido de su propio valor y capacidad para lidiar con los problemas de la vida.

De esta forma, podemos ver que Vezzulla considera a la Mediación Transformativa como la más adecuada para ser usada en conflictos ocasionados por la práctica de actos infraccionales por adolescentes, por centrar el objetivo del mediador en la capacitación, en la transformación y en el reconocimiento de los propios sujetos de la mediación antes del abordaje del conflicto objetivo que los

ocupa.

Mientras que en la Mediación practicada en Harvard el centro de la cuestión está en considerar el conflicto como una expresión de los intereses o de las necesidades insatisfechas, en la Mediación Sistémica el conflicto está centrado en el aspecto relacional y en la lucha por el poder sobre el otro. En cambio, en la Mediación Transformativa, el conflicto está más ligado a la identidad, al equilibrio que el sujeto pierde al ser desconocido, al no ser respetado, y recupera cuando es aceptado y respetado. Según este último modelo, las partes de la mediación experimentan un proceso de valorización personal y de autodeterminación al reflexionar también sobre la situación del otro, y al experimentar la libertad de tomar decisiones diferentes de allí en adelante. En esa línea de razonamiento, Vezzulla afirma que este procedimiento resulta de gran importancia puesto que son los adolescentes quienes sufren el desconocimiento y la infravaloración o la completa desvalorización familiar e institucional.

En la mediación no se toma en consideración la culpa, y sí la responsabilidad de las personas involucradas en determinado problema. Es habitual que los sujetos de la mediación comiencen sus discursos culpando al otro por la situación que los lleva allí. Por medio de la investigación, el mediador auxilia a que se revea esa posición y se profundice en el conflicto de manera que todos los involucrados puedan reconocer su participación, su responsabilidad en la cuestión. [Esto] permite dimensionar la trascendencia de los propios actos y permite una actitud positiva de reparación, de cambio. (2008, p. 126).

Vezzulla resalta el importante concepto de cooperación, asociado al de mediación de conflictos, en oposición a la imposición de la visión particular de cada parte.

Generalmente, las personas involucradas en conflictos desean imponer su visión de la cuestión y la solución que consideran como única salida aceptable. La tarea del mediador es trabajar para que el conflicto sea comprendido a partir de su manifestación, haya sido este una pelea, un acto de violencia o la falta de cumplimiento de una obligación. Su origen y motivación se encuentran en la real motivación, que solo surgirá cuando se traten los conflictos subjetivos de las partes y de la interrelación. En palabras de Vezzulla (2008):

Este cambio paradigmático es diametralmente opuesto a alcanzar la solución por el enfrentamiento (modelo de imposición y con partes adversarias), ya que propone que uno y otro estén del mismo lado enfrentando al problema, única manera dinámica y satisfactoria de atender al problema cooperativamente. Informalidad, respeto, reconocimiento de las identidades y motivaciones de cada participante, sensibilización ante las necesidades de todas las personas involucradas, responsabilidad en la comprensión y en el abordaje del conflicto de forma cooperativa, son los aspectos fundamentales a ser alcanzados antes de poder ejercer la auto composición, la autodeterminación en la elección de las soluciones o las vías de solución de los problemas trabajados. (p. 140).

La propuesta de Vezzulla recoge las mejores contribuciones de las tres escuelas presentadas y las integra en una visión psicoanalítica y dinámica en el abordaje de la situación especial de cada adolescente: de la teoría de Harvard, los conceptos de investigación de los motivadores (intereses) que procuran ser satisfechos con la atención de las necesidades en juego y las técnicas de administración del conflicto para superar los impasses; de la sistémica, las técnicas que facilitan la comprensión de las interrelaciones y que facilitan la investigación y la comunicación en general; y, por último, de la transformativa, las técnicas para alcanzar la revalorización y el reconocimiento que permitan atender a las necesidades subjetivas y relacionales de los adolescentes. Como hemos expresado, esa interacción de los tres modelos estará epistemológicamente orientada por el Psicoanálisis y su abordaje de la situación psicosocial del adolescente y por los conceptos sociojurídicos emancipatorios del sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos.

Los conceptos sociojurídicos de emancipación y regulación presentados por Boaventura de Sousa Santos sustentan la existencia, en el Derecho, de tensiones entre emancipación y regulación que han tenido lugar a lo largo de la historia, y la necesidad de una nueva ecuación entre subjetividad, ciudadanía y emancipación, con la finalidad de que sean combatidos los excesos de regulación de la modernidad:

Una concepción tal de la emancipación implica la creación de un nuevo sentido común político. La conversión de la diferenciación de lo político en modo privilegiado de estructuración y diferenciación de la práctica social tiene como corolario un desplazamiento relativo del Estado y el principio del Estado. La nueva ciudadanía se constituye tanto en una obligación política vertical entre los ciudadanos y el

Estado, como en la obligación política horizontal entre ciudadanos. Con ello se revaloriza el principio de la comunidad y, con él, la idea de la igualdad sin mismidad, la idea de la autonomía y la idea de la solidaridad. (2006, p. 273).

Vezzulla, no obstante, advierte sobre el riesgo de que las medidas socioeducativas sirvan solamente como castigo, especialmente en los casos de privación de la libertad. Si sobre esos casos se instaura solo la retribución de la ofensa practicada, no se puede decir que hayan recibido la protección integral estipulada por el Ordenamiento Jurídico, puesto que existió la desatención a su identidad y a sus necesidades más profundas y más amplias. La emancipación podría ser propiciada a partir del momento en que el adolescente deja de ser visto apenas como aquel que transgredió las normas, un infractor, sino como un individuo necesitado de transformar el acto infraccional en una experiencia vital que contribuya a su emancipación:

Consideramos que la búsqueda del efecto emancipador permitiría al adolescente en conflicto con la ley poder transformar la expresión de violencia del acto infraccional en la comprensión del pedido de auxilio que ella involucra, al verbalizar, en un diálogo respetuoso y cooperativo, sus necesidades y presiones y, así, manejar de otra forma sus relacionamientos estructurales. En este trabajo, el adolescente podría tomar conciencia de sí mismo, de su identidad, de su inserción social y de sus derechos, aceptando su contrapartida: las obligaciones para con los otros. (2008, p. 170).

En un artículo sobre la Mediación y protección integral del adolescente en conflicto con la ley en Brasil, el ya mencionado Alexandre Morais da Rosa (2008), Juez de Primera Instancia del Juzgado de la Infancia y de la Juventud del Distrito Judicial de Joinville, Santa Catarina, se refirió a la dificultad para emprender un diálogo entre el derecho y el psicoanálisis, como también a la necesidad de una ética de respeto a la singularidad de cada adolescente, cuyas actitudes dependen, en gran parte, de la manera en que fueron estructuradas sus relaciones hasta allí. La dificultad para instaurar este diálogo entre el Derecho y el Psicoanálisis gira en torno del hecho de que para el Derecho, lo adecuado es ser capaz de dominar las acciones del sujeto, mientras que, para el Psicoanálisis, el sujeto se encuentra sometido al inconsciente. Bajo la óptica de la Criminología crítica, no siempre la agresividad en la adolescencia significa delincuencia, pero puede constituir un intento poco acertado

para constituirse como sujeto, en medio de las condiciones sociales de la compleja sociedad actual.

La respuesta estatal brasileña ante la práctica del acto infraccional es la medida socioeducativa, por la cual se busca, en la gran mayoría de los casos, el accionar del sistema de control social para normalizar al adolescente, y lo considera como un objeto de la actuación del Poder Judicial.

En esta cruzada por la «salvación moral del adolescente», la justicia adopta una actitud proteccionista, en vez de establecer los límites al adolescente y considerarlo como sujeto dueño de su propio futuro en relación con otros para que asuma la responsabilidad de los actos que comete.

Alexandre Morais da Rosa (2008) resalta la existencia de una necesidad de contener y contrarrestar el aumento de actos infraccionales en una estructura que genera exclusión. Además, advierte sobre las perspectivas de utilización de la práctica de la mediación para adolescentes en conflicto con la ley al existir la posibilidad del diálogo de aquel con sus familiares, con su grupo y con la víctima para poder discutir lo ocurrido, percibir las consecuencias de su conducta y asumir la responsabilidad por ella. Bajo la óptica de la Criminología crítica y de la victimología, también queda al descubierto el papel del ofendido, que no puede continuar siendo tratado como un sujeto que no forma parte del proceso, sino se le debe ofrecer un espacio de expresión.

A través de la mediación, se espera que el adolescente entienda la trascendencia de su acto, que resignifique su conducta, que se preocupe con el daño causado, que pida disculpas y que intente, de alguna forma, reparar su acto dañoso.

A propósito, es preciso mencionar que la profesora Lília Sales (2007) sintetiza los efectos emancipadores de aplicar la Mediación en los conflictos ofensor-víctima en los que están involucrados adolescentes:

La mediación entre los adolescentes infractores y las víctimas permite que los adolescentes perciban el sufrimiento que causaron, reconociendo el poder y el alcance de sus actos, y posibilita a las víctimas escuchar las motivaciones de la actitud del infractor. Muchas veces, por medio del diálogo, ambos llegan a percibir que forman parte de una sociedad desigual, en la cual el indicador de nobleza y el patrimonio acumulado y las personas se conocen más como poseedores que como seres humanos. A partir de eso, verifican que existen causas sociales que influenciaron y definieron los actos ilícitos cometidos. (p. 127).

Respecto de la hipótesis de aplicación de la justicia restaurativa frente a la ejecución de la medida socioeducativa de privación de la libertad o de semilibertad, y en vistas de la posibilidad de abreviar su período, se presentan dificultades como la localización o, incluso, el desinterés de la víctima, y el hecho de que el proceso ya estuviera concluido por la aplicación de la sentencia.

En este caso, la estrategia para localizar y obtener la aceptación de la víctima en participar de la práctica restaurativa sería aplicarla en el caso de reincidencia, cuando existe una causa judicial. En este caso, los adolescentes serían monitoreados por el Juzgado de Ejecución.

No obstante, este no sería el momento ideal para aplicar un programa como la justicia restaurativa que tiende a la despenalización, pues siempre existe el riesgo de que, además de la sentencia, el adolescente asuma otras obligaciones derivadas del acuerdo restaurativo, lo que configuraría una doble sanción. Por consiguiente, aunque no se impida la utilización de prácticas restaurativas para ayudar el monitoreo de los adolescentes que estén cumpliendo la medida socioeducativa, debe quedar claro que no se producirá la despenalización.

En 2004, fue implantado en São Paulo un Proyecto de Mediación Escolar, con la finalidad de evitar la estigmatización y brindar un camino diferenciado a los actos de violencia que tienen lugar en el ambiente escolar. Desde aquel año, la dirección del proyecto ha estado a cargo desde aquel año del juez Alexandre Morais da Rosa y del profesor Juan Carlos Vezzulla.

El proyecto antes mencionado se planteó como objetivo disminuir la violencia escolar, implementó los instrumentos de resolución de conflictos en los colegios de la ciudad de São Paulo y contó con participantes de la Secretaría Estadual y Municipal de Educación.

La pretensión inicial fue que la ciudadanía de los involucrados en cuestiones escolares pueda ser destacada y que, en la redefinición del conflicto, puedan buscarse junto con ellos caminos que los conduzcan a la emancipación.

Vale resaltar que en lo que se refiere a la justicia restaurativa aplicada en las escuelas, como garantía de respeto a los derechos humanos, todos los casos son sometidos a la apreciación del fiscal y del juez competente en asuntos de la infancia y de la adolescencia, y quedan registrados en el Juzgado. En tales casos, la decisión final queda a cargo del Juez, quien está facultado para ordenar que se aplique alguna

medida socioeducativa. Esto último quiere decir que la legalidad está garantizada, pero la justicia penal es ampliada sobre esta población debido a que, en la mayoría de los casos, no llegarían a la justicia formal más allá de que podrían actuar, en un futuro, en paralelo con la justicia tradicional. Esto último podría significar la evidencia de la fragilidad de la justicia restaurativa.

En este sentido, es preciso destacar que entre el 22 y el 27 de octubre de 2007, se llevó a cabo el Congreso Mundial de Mediación, en Valparaíso (Chile). El lema del evento fue «Una Vía hacia la Cultura de la Paz». Fruto de este encuentro fue la Declaración de Valparaíso, que entre sus conclusiones, expresa por ejemplo que

Para aplicar la mediación en materia penal es necesario partir de un concepto sociológico del delito que incluya no sólo las figuras previstas en las leyes penales, sino también conductas antisociales como la drogadicción, el alcoholismo y la prostitución, entre otras. También las situaciones que signifiquen un riesgo social, como la vagancia y los grupos migratorios, atendiendo los conflictos — normalmente familiares— que las originan. [...] (Declaración de Valparaíso, 2007).

Entre las conclusiones del VII Congreso Nacional de Mediación de México, realizado entre el 19 y 24 de noviembre de 2007, se destacan aquellas enfocadas en la seguridad pública, la prevención del delito, la readaptación social y justicia integral de adolescentes. Así, por ejemplo, el sistema de justicia especializada en menores infractores deberá capacitar a sus operadores, no solo a los jueces y al Ministerio Público, sino también a una policía especializada capacitada para realizar la mediación comunitaria. A modo de ejemplo, la tercera conclusión ratifica que

3. Debe preservarse la identidad del menor para que no sea socialmente identificado como delincuente, pues su imputación generalizada y permanente conduce a la hostilidad para con la sociedad. 4. La mediación en el contexto de los jóvenes que cometieron delitos debe procurar la restauración de los daños sufridos por la víctima, incluyendo la reparación moral, pero ellos deben tener las mismas garantías que son exigidas para el encuentro víctima-infractor. (Congreso Nacional de Mediación, México, 2007).

La justicia restaurativa, aplicada a través de la mediación con adolescentes a

quienes se atribuye la práctica de actos infraccionales, no se agota en lo que hemos expuesto hasta el momento. Esto quiere decir, al igual que las sociedades son abiertas y cambiantes, este tema que le compete directamente a ella también lo es, por lo cual, es sensible a nuevas investigaciones. Puntualmente, en lo que refiere a las relaciones y vínculos familiares, escolares o de otros grupos o instituciones en los que el adolescente forme parte, como también a nuevos estudios sobre el papel de la víctima en el proceso de mediación con adolescentes a quienes se atribuye la práctica de acto infraccionales, especialmente porque la víctima también se reconoce y pasa por un proceso de autodescubrimiento y descubrimiento del otro a través del encuentro restaurativo.

3.8. Resolución 2002/12 de la ONU. Los principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa

En 2012, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), alertó sobre la importancia y el desarrollo de la implementación de la justicia restaurativa y elaboró una resolución con los principios básicos que deben orientar su aplicación: resolución 2002/12, 37ª Sesión Plenaria 24/07//2002.

El Consejo Económico y Social, con base en la Resolución 1999/26 intitulada «Desarrollo e Implementación de Medidas de Mediación y Justicia restaurativa en la Justicia Penal», requirió a la Comisión de Prevención del Delito y de Justicia Penal que considerara la formulación con los estándares de las Naciones Unidas en el campo de la mediación y de la justicia restaurativa.

A su vez, con la Resolución 2000/14 intitulada «Principios Básicos para la utilización de Programas Restaurativos en Materias Penales» se le solicitó al Secretario General que buscara los pronunciamientos de los Estados miembro de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales competentes, así como de institutos integrantes de la red de las Naciones Unidas de Prevención del Delito y de Programa de Justicia Criminal sobre el deseo del establecimiento de principios comunes en la utilización de programas de justicia restaurativa en materia criminal. También, que estos incluyan la oportunidad para el desarrollo de nuevos instrumentos y de los medios para lograr estos objetivos. Lo antes mencionado a

condición de tener en cuenta la existencia de compromisos internacionales con relación a las víctimas, particularmente la Declaración sobre Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delitos y Abuso de Poder; las notas de las discusiones sobre justicia restaurativa durante el Décimo Congreso sobre Prevención del Delito y del Tratamiento de Ofensores en la agenda intitulada «Ofensores y Víctimas – Responsabilidad y Justicia en el Proceso Judicial».

A propósito, es preciso tener presente la Resolución 56/261 de la Asamblea General intitulada «Planificación de las Acciones para la Implementación de la Declaración de Viena sobre Delito y Justicia – Respuesta a los Desafíos del Siglo Veintiuno» haciendo foco en las acciones referentes a la justicia restitutiva para que se cumplan los compromisos asumidos en el párrafo 28 de la mencionada Declaración de Viena.

Asimismo, el trabajo del Grupo de Especialistas en Justicia Restitutiva en el encuentro de Ottawa, entre el 29 de octubre y el 1º de noviembre de 2001.

Por último, y de la misma forma, el informe del Secretario General sobre justicia restaurativa y el informe del Grupo de Especialistas en Justicia Restitutiva destacan los principios básicos para la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal anexados a la presente resolución.

3.8.1. Directrices de la Resolución 2002/2012

La resolución contiene las siguientes orientaciones:

Alienta a los Estados miembro a que basen sus acciones en los principios básicos de la Resolución para la elaboración y gestión de programas de justicia restitutiva en materia penal;

Pide al Secretario General que vele por la máxima difusión posible de los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal entre los Estados miembro, entre los institutos de la Red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal y entre otras organizaciones internacionales, regionales y no gubernamentales;

Exhorta a los Estados miembro que hayan adoptado prácticas de justicia restitutiva a que informen sobre esas prácticas a otros Estados que se interesen por

ellas;

Exhorta asimismo a los Estados miembro a que se presten asistencia mutuamente en la elaboración y aplicación de programas de investigación, de capacitación y de otra índole, así como en las actividades para fomentar el debate y el intercambio de experiencias en cuestiones de justicia restitutiva;

Insta además a los estados miembro a que se planteen la posibilidad de prestar asistencia técnica, mediante contribuciones voluntarias, a los países en desarrollo y a los países con economías en transición que soliciten tal asistencia, a fin de ayudarlos a formular programas de justicia restitutiva.

3.8.2. Principios básicos de la Resolución

Al ocuparse de los Principios Básicos para la utilización de Programas de Justicia restaurativa en Materia Penal, la Resolución sostiene que hay que tener presente que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia de justicia restitutiva, y que hay que reconocer que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicionales e «indígenas» en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona. A su vez, la Resolución sostiene que hay que recalcar que la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, que favorece el entendimiento y que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, de los delincuentes y de las comunidades. Además, hay que destacar que este enfoque permite a los afectados por un delito compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias y que tiene por objeto atender sus necesidades. Por último, resulta importante destacar que la justicia restitutiva da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y que los complementan en las distintas circunstancias jurídicas, sociales y culturales, y que el uso de la justicia restitutiva no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes.

Por otro lado, esta Resolución incluye varias definiciones clave respecto de la justicia restitutiva. A propósito, citamos:

-Por «Programa de justicia restitutiva» se entiende todo programa que utilice

procesos reparatorios e intente lograr resultados reparatorios;

-Por «proceso reparatorio» se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando corresponda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos reparatorios se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.

-Por «resultado reparatorio» se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso reparatorio. Entre los resultados reparatorios se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

-Por «partes» se entiende a la víctima, al delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso reparatorio.

-Por «facilitador» se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso reparatorio.

De este modo, los programas de justicia reparatoria se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, con la plena observancia de lo dispuesto en la legislación nacional.

Los procesos reparatorios deben ser implementados únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de este último y de la víctima. Ambos, podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

Asimismo, tanto la víctima como el ofensor deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso reparatorio. La participación del ofensor no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores. Es preciso destacar que las diferencias conducentes a la desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso reparatorio. A su vez, al llevarlo a cabo se debe resguardar la seguridad de las partes involucradas.

Cuando los procesos reparatorios no sean un recurso apropiado o posible, el

caso deberá remitirse a la justicia penal con la finalidad de adoptar, sin demora alguna, una decisión respecto de la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal deben esforzarse por alentar a que el delincuente asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y deben apoyar la reintegración la comunidad de ambas partes.

3.8.3. Funcionamiento de los Programas de Justicia Restitutiva

Como mencionamos anteriormente, los Estados miembro deben considerar la posibilidad de establecer estrategias y normas, con base legislativa cuando sea preciso, para regular la implementación de los programas de justicia retributiva. Esas directrices y normas deberán respetar los principios básicos aquí enunciados y versarán, entre otras cosas, sobre las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia retributiva que son las siguientes: las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores; la administración de los programas de justicia retributiva; las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia retributiva.

A su vez, y según lo que está dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso retributivo y, en caso necesario, también podrá solicitar los servicios de traducción o interpretación. Por su parte, los acusados de actos delictivos que son menores tendrán derecho de asistencia de los padres o de sus responsables legales.

A propósito, antes de dar su acuerdo para participar en procesos retributivos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión, puesto que no es admisible coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos retributivos o acepten resultados retributivos, ni se los debe inducir a hacerlo por medios desleales. Las conversaciones mantenidas en este tipo de procesos que no sean públicos tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente, excepto que medie acuerdo de las partes o que la legislación nacional dispusiera algo diferente.

No obstante, en caso de que no haya acuerdo entre las partes, el caso deberá

someterse al proceso de justicia penal ordinario y deberá ser resuelto sin demora. El hecho de no haber llegado a un acuerdo no podrá ser invocado en ulteriores procedimientos de justicia penal.

Es por eso que el incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restitutivo deberá remitirse al programa restitutivo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse una decisión sobre la forma de proceder sin demora alguna. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá servir de justificación para imponer una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal.

Es de importancia fundamental que los facilitadores desempeñen sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes. Lo antes mencionado incluye tener completo conocimiento, o el suficiente, sobre las culturas y las comunidades locales, aunque de todos modos, antes de asumir sus funciones, el facilitador puede recibir una capacitación inicial al respecto. En ese sentido, el profesional velará para que las partes actúen con mutuo respeto y deberá hacer posible que estas encuentren una solución pertinente entre sí.

Por su parte, los Estados miembro deben considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restitutiva y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restitutiva, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales. Para ello, deberán formularse consultas periódicas entre las autoridades de justicia penal y los administradores de programas de justicia restitutiva para elaborar una concepción común de los procesos y resultados restitutivos y potenciar su eficacia a fin de incrementar la utilización de programas restitutivos y estudiar medios de incorporar criterios de tipo restitutivo a las prácticas de justicia penal.

Los Estados miembro, en cooperación con la sociedad civil cuando sea preciso, deberán promover la investigación sobre los programas de justicia restitutiva y su evaluación para determinar en qué medida producen resultados restitutivos, sirven de complemento o alternativa al proceso de justicia penal, y arrojan resultados positivos para todas las partes. Los procesos de justicia restitutiva pueden requerir cambios concretos con el paso del tiempo. Por consiguiente, los Estados miembro deben alentar la evaluación y modificación periódicas de esos programas. Los resultados de las investigaciones y las evaluaciones deberán orientar la ulterior

elaboración de políticas y programas.

3.9. Índices de proyectos de Justicia Restaurativa

Una vez expuestas las consideraciones que entendemos como principales en lo que respecta a la justicia restaurativa, en este apartado analizaremos los programas que ya han sido implementados y han llegado a su fin, así como los que aún están vigentes. Cada uno con los indicadores de los resultados alcanzados.

En 2004, el Ministerio de Justicia creó el proyecto «Promoviendo Prácticas Restaurativas en el Sistema de Justicia Brasileño» a partir del cual lanzó algunos proyectos-piloto en lugares diferentes: en São Caetano y Guarulhos, Estado de São Paulo, en Salvador, Estado de Bahía, y en Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

Los proyectos antes mencionados produjeron algunas consecuencias interesantes, teniendo en cuenta que fueron aplicadas en regiones distintas y que sus resultados fueron muy satisfactorios. A continuación, explicamos algunos de ellos, específicamente los de Sao Paulo.

3.9.1. Proyecto piloto de São Caetano. Justicia, Educación, Comunidad: alianza para la ciudadanía

El proyecto implementado en el Juzgado de la Infancia y la Juventud de São Caetano do Sul partió de una iniciativa del Ministerio de Justicia junto con la Secretaría de Educación del Estado de São Paulo (SEE-SP), e introdujo la Justicia restaurativa y sus prácticas en escuelas públicas a través de otro proyecto denominado «Justicia y Educación: alianza para la ciudadanía» con la finalidad de solucionar las situaciones de conflicto y violencia en el interior de las escuelas e institutos, y para contribuir a la formación de niños, jóvenes y adolescentes.

El Sindicato de Especialistas de Educación del Magisterio Oficial del Estado de São Paulo (UDEMO) realizó un estudio en 2007 que consistió en el envío de un

cuestionario a 683 escuelas públicas paulistas. De acuerdo con las respuestas recibidas, en 586 (el 86%) ya había ocurrido algún episodio de violencia durante ese año contra las personas o el patrimonio. Entre los principales problemas relatados se destacan: el desacato a profesores y empleados (en 515 escuelas), la agresión física entre alumnos (en 497 escuelas), los actos de destrucción y daño en edificios y su mobiliario (en 383), pintadas y daños a vehículos (361). Aquí resulta preciso destacar que en 123 escuelas fueron detectados problemas más serios como amenazas de muerte hacia alumnos o empleados.

3.9.2. Proyecto Piloto de Guarulhos

El proyecto piloto de mediación de Guarulhos fue ideado por el Daniel Isler, Juez de Primera Instancia a cargo del Juzgado de Infancia y la Juventud de Guarulhos, junto con las Facultades Integradas de Guarulhos (FIG) y el Tribunal de Justicia de São Paulo.

El proyecto tuvo su fecha de inicio el 24 de noviembre de 2003 y abarcó apenas los casos en trámite en el Juzgado antes mencionado. Posteriormente, en junio de 2004, también se autorizó la extensión a las causas relativas a conflictos familiares en trámite en todos los Juzgados Civiles de Guarulhos, pues la estructura preparada para tal fin contaba con una gran capacidad. Es importante destacar que la próxima meta consiste en ampliar el modelo para que sea implementado con todos los Juzgados de Familia del Estado de São Paulo.

La mayoría de los casos derivados a mediación tenía que ver con disputas familiares. Sin embargo, una gran parte de casos involucraba a adolescentes que cometieron actos infraccionales de bajo potencial ofensivo. Los más comunes eran: agresiones o amenaza entre vecinos, agresión o amenaza entre familiares o en la escuela, pintadas, entre otros.

En cuanto a los casos de mediación que incluían a adolescentes autores de actos infraccionales, la propuesta del núcleo fue que se crearan espacios para que la víctima y el ofensor puedan, además de buscar un consenso, llegar a vislumbrar y comprender los derechos de cada uno, estableciendo un proceso socioeducativo del

adolescente infractor en el marco y desde la perspectiva de la Justicia restaurativa.

Respecto de los mediadores, tenían la obligación de una formación complementaria cuya duración era de un mínimo de 20 horas de entrenamiento. Esta capacitación incluía: el estudio del concepto de mediación, técnicas de negociación, funcionamiento de la mediación, aspectos jurídicos de los tipos delictivos elegidos para la mediación, aspectos sociales y psicológicos y reglamentos éticos. Después de cumplir con el entrenamiento, los mediadores asumían su función, pero pasaban por un período de prueba o fase inicial cuya duración era de seis meses. A lo largo de esa pasantía, realizaban las mediaciones en grupo con dos mediadores más como mínimo. Solamente después de pasar ese período de experiencia podrían ejercer la función de mediador individualmente.

Es preciso aclarar que, desde la propuesta de este programa, todas las mediaciones son minuciosamente supervisadas: a nivel individual, los mediadores reciben cuatro horas semanales por mes como acompañamiento, respecto del desempeño de los equipos, se llevan a cabo estudios de casos para que estos reflexionen en conjunto acerca de todas las cuestiones que deben trabajarse para llegar al acuerdo.

A su vez, y en vistas de lo antes mencionado, el Juzgado selecciona aquellos expedientes en los cuales se vislumbra la posibilidad de una composición amigable, y luego se produce la derivación a la mediación propiamente dicha. De esta forma, contribuye a disminuir significativamente la acumulación innecesaria de expedientes en los tribunales.

Respecto de la remisión del caso, es menester aclarar que los profesionales técnicos del Juzgado de la Infancia y de la Juventud -trabajadores sociales, psicólogos, entre otros-, los representantes del Ministerio Público y las propias partes están habilitados a solicitar esa acción.

Por otro lado, los expedientes seleccionados para la mediación deben, necesariamente, contar con la conformidad de las partes interesadas. A ese fin, deberán formalizar su voluntad de aceptación mediante un «acta de acuerdo». Esto se debe a que la mediación es, esencialmente, un procedimiento voluntario, pero también a que la ley nada dice sobre la eventual suspensión de los plazos procesales del expediente judicial mientras esté en curso el procedimiento de mediación. Los mediadores también suscriben un acta de compromiso por medio del cual están obligados a desempeñar sus funciones con celo profesional y a cumplir con las reglas

de la ética, siempre con el debido respeto a la confidencialidad y manteniendo en secreto las decisiones adoptadas durante la mediación.

El plazo máximo para que la mediación promueva un acuerdo entre las partes es de 90 días, y este lapso es fijado por el juez. Compete a los mediadores trazar las fechas de las sesiones, así como también la responsabilidad de comunicar a las partes involucradas cuándo deben presentarse.

Por otro lado, aunque no es necesario que las partes cuenten con abogados y para evitar gastos innecesarios, las partes pueden ser asistidas por letrados cuando así lo prefieran.

Antes de iniciar la primera sesión, el mediador tiene la función obligatoria de explicar en forma breve y con lenguaje claro el significado y el funcionamiento de la mediación con el objetivo de que se entienda: la neutralidad del mediador; la confidencialidad del procedimiento; los compromisos éticos asumidos y la necesidad de respeto mutuo que debe imperar, especialmente, entre las partes.

No obstante, los mediadores deben llevar un registro de todas las cuestiones importantes que hayan aparecido o que se hayan discutido durante el procedimiento hasta el momento en que las partes llegan a un acuerdo. Este debe ser redactado con un lenguaje claro y simple en cuatro ejemplares (uno para cada parte, uno para ser archivado y otro para ser agregado al expediente judicial), y luego debe ser firmado por las partes, por el mediador y, en caso de haber, por los abogados.

Tras haber finalizado el procedimiento de mediación, haya sido este positivo o no, las constancias de lo actuado -con o sin acuerdo- son remitidos al Juzgado de origen. En esa instancia, se da intervención al representante del Ministerio Público. En caso de haberse arribado a un acuerdo, éste debe emitir su opinión favorable o contraria para que finalmente sea homologado por el juez.

Respecto de la implementación del Proyecto Piloto de Guarulhos, entre diciembre de 2003 y diciembre de 2004, 381 programas fueron realizados según el procedimiento antes explicitado. A propósito,

- el 58 % involucraba adolescentes acusados de haber cometido actos infraccionales,
- el 20 % versaba sobre la tenencia de niños y adolescentes,
- el 11 % trataba sobre el régimen de visitas
- el porcentaje restante comprendía: cuestiones de alimentos (7 %), discapacidades (2 %), separaciones (1 %) y pedidos de diligencias (1 %).

Respecto de las mediaciones que se tramitaron, en el 85,1 % de los casos se alcanzó un acuerdo, en el 1,4 % se logró un acuerdo parcial, mientras que en el 13,6 % de los casos no fue posible arribar a un acuerdo. Específicamente, en los casos que se trataban de adolescentes en conflicto con la ley, el 93,7 % de los procedimientos terminaron en un acuerdo, y el 1,6 %, en un acuerdo parcial. Es decir que no fue posible lograr una conciliación en el 4,7 % de los casos. En cuanto a los reclamos por alimentos, el 46,7 % se cerró con acuerdo, mientras que en el 53,3 % de los casos no se logró acuerdo alguno. En las cuestiones relativas a discapacidades se alcanzó un acuerdo en el 100 % de los casos. Para los reclamos sobre el régimen de visitas, el acuerdo fue posible en el 91,3 % de los casos y el 4,3 % de las decisiones consistió en acuerdos parciales o falta de acuerdos. Se arribó a un acuerdo en el 66,7 % de los procesos de separación y en el 33,3 %, los intentos de conciliación no dieron frutos.

Al ser consultados sobre cómo se sentían en relación con la mediación como forma de solucionar conflictos, el 49,5 % de las partes indicó que estaba muy satisfecha, en tanto el 45,8 % solo satisfecha. Respecto de los resultados obtenidos con el procedimiento de mediación, el 52 % declaró que estaba muy satisfecho, mientras que el 41,6 % dijo que estaba satisfecho. El porcentaje restante, es decir, el 4,1 %, respondió de la siguiente manera: el 1,2 %, que tenía una sensación neutra y el 0,4 % se sentía poco satisfecho e insatisfecho. Solo el 0,6% no respondió.

3.9.3. La implementación de la Justicia restaurativa en Escuelas Públicas de São Paulo: estudio de sus efectos en Heliópolis y Guarulhos

El proyecto «Justicia y Educación en Heliópolis y Guarulhos: alianza para la ciudadanía» está vigente desde 2006 en las escuelas públicas y utiliza el modelo de la justicia restaurativa para abordar determinados conflictos.

Respecto de la metodología, esta incluye aspectos investigativos, descriptivos y explicativos, con el objetivo general de evaluar los resultados del proyecto en seis de las escuelas que lo adoptaron.

Para llevar a cabo este estudio, inicialmente se realizaron entrevistas con

vice directores, coordinadores y mediadores, a través de cuestionarios semiestructurados para luego evaluar los resultados de la implementación de esa política innovadora. Dentro de las escuelas, se observó la reducción del índice de violencia y, con ello, un clima más propicio para el aprendizaje.

La región de Heliópolis depende administrativamente de Ipiranga, una región que pertenece al distrito de Sacomã, al sudeste del municipio y está próxima a la ciudad de São Caetano do Sul. Esto visibilizó la acción conjunta de sus redes de atención social y facilitó el flujo de procedimientos articulados entre ambas localidades.

Por otra parte, en esa región se encuentra la segunda mayor favela de Brasil, después de Paraisópolis. En 2006, Heliópolis contaba con 8 escuelas estatales, con alrededor de diez mil alumnos matriculados; 17 escuelas municipales, de las cuales 8 eran guarderías (CEI) y atendían a 400 niños y niñas, aproximadamente; 6 Escuelas Municipales de Enseñanza Infantil (EMEI) con, aproximadamente, 2612 estudiantes; y 3 Escuelas Municipales de Enseñanza Primaria (EMEF) cuya matrícula era de 3848 estudiantes para entonces (Nosso Barrio, 2010).

Las escuelas públicas de Heliópolis dependen de la Dirección de Enseñanza Centro-Sur, que abarca un total de 74 escuelas estatales. Como en cualquier comunidad con distintas dificultades para obtener recursos, la demanda de los servicios públicos es superior a la oferta, especialmente en las áreas de Salud, Educación y Seguridad. Los datos revelan que de cada diez adolescentes de Heliópolis, cuatro no asisten a la escuela (O Globo, 2010). No obstante, esta región cuenta con el apoyo de la Unión de Núcleos, Asociaciones y Sociedades de los Moradores de Heliópolis y São João Clímaco (UNAS). Esta agrupación, en sus inicios, se ocupaba solo de las reivindicaciones de posesión de áreas ocupadas. A partir de alianzas de iniciativa privada, posteriormente pudo ampliar su área de acción y desarrollar así proyectos de orden educativo, tecnológico, cultural, deportivo, y también en las áreas de salud, vivienda, generación fuentes de ingresos y asistencia social. A partir de lo antes mencionado, surgieron los primeros Núcleos Socioeducativos, programas de mediación de conflictos y apoyo a jóvenes infractores.

Es preciso destacar que el municipio de Guarulhos fue elegido porque, desde 2003, los Juzgados de la Infancia y la Juventud de esa jurisdicción han promovido

prácticas restaurativas. Además coincidieron los problemas sociales que la ciudad atravesaba con una reestructuración de procedimientos de los canales de atención social para volverlas más eficientes. El crecimiento de la población ocasionado por las actividades comerciales en la zona generó un espacio urbano desordenado. Y, según datos oficiales provistos por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) del año 2010 y del Municipio de Guarulhos en 2008, su población en 2007 era de 1236192 habitantes concentrados en un área de 318 km², de los cuales, 457391 eran niños y adolescentes (de 0 a 18 años) y un total de 259.597 se encontraban matriculados en escuelas públicas.

En 2003 fue puesto en marcha el «Proyecto de Mediación del Juzgado de la Infancia y la Juventud de Guarulhos: Alianza con las Facultades Integradas de Guarulhos», formado por un grupo de 20 mediadores capacitados provenientes de la esfera del Derecho, de la Psicología, de la Asistencia Social y de la Pedagogía. Este proyecto considera que las instituciones de enseñanza aportan el espacio físico, además de recursos materiales y humanos para su correcto funcionamiento, mientras que el Juzgado tiene la tarea de capacitar y entrenar a los mediadores, de imponer reglas y estándares técnicos para la resolución de conflictos.

El proyecto de mediación se orienta a los actos infraccionales leves mediante la aplicación de prácticas restaurativas y la provisión de un canal de comunicación entre la víctima y el ofensor. Es decir que cuando el proyecto-piloto «Justicia y Educación en Heliópolis y Guarulhos: Alianza para la Ciudadanía» llegó a la ciudad, el terreno ya estaba siendo allanado.

3.9.4. Proyecto Piloto de Salvador de Bahía - Núcleo 107

Este proyecto piloto tuvo su inicio en 2005 en el Juzgado Especial Penal N° 2, situado en el barrio de Largo do Tanque a partir de la iniciativa de magistradas bahianas. Hasta el momento, presenta un porcentaje de resolución en el 70 % de los casos teniendo en cuenta que el 30 % de los expedientes en trámite en Juzgados Especiales son seleccionados por el Ministerio Público para su derivación al núcleo en el que se llevan a cabo las prácticas restaurativas.

En este proyecto, el proceso es supervisado por un equipo interdisciplinario que está compuesto por psicólogos y trabajadores sociales voluntarios. Si las partes no aceptan utilizar los métodos propuestos o no logran el acuerdo homologado por el juez, entonces el caso vuelve a tratarse por la vía tradicional.

Es menester destacar que el Núcleo 107 es llevado a cabo por el Sistema de Juzgados Especiales, por el Ministerio Público del Estado, por la Orden de los Abogados de Brasil (Sección Bahía), por la Defensoría Pública y por la Secretaría de Seguridad Pública, y coordinado por el Tribunal de Justicia del Estado.

El Núcleo tiene como objetivo aplicar métodos y prácticas restaurativas ante las denuncias formuladas y en los procesos que ya estén tramitando en el Juzgado Especial Penal de Largo do Tanque. Para ello, cuenta con facultades específicas de planificar, apoyar, ejecutar, evaluar la aplicación de vías alternativas en la solución de conflictos de su área de actuación jurisdiccional.

Actualmente, este proyecto atiende a las regiones urbanas con una población estimada en más de un millón doscientos mil habitantes, pues el Núcleo de Justicia restaurativa instalado en la Capital recibe las denuncias presentadas en las Comisarías Policiales con jurisdicción en Liberdade, Seccional 2ª; Bonfim, Seccional 3ª; São Caetano, Seccional 4ª; Periperi, Seccional 5ª.

3.9.5. Proyecto piloto en Porto Alegre: Justicia para el Siglo XXI

Los primeros pasos de la Justicia restaurativa en Porto Alegre se dieron en 2002 con la iniciativa «Caso Zero» en el Juzgado N° 3 de la Infancia y la Juventud de Porto Alegre para atender infracciones cometidas por niños y adolescentes.

Otro hito tuvo lugar en 2004, cuando en el Núcleo de Estudios de Justicia restaurativa en la Escuela Superior de la Magistratura de la Asociación de los Jueces de Rio Grandedo Sul (AJURIS) se resolvió realizar un encuentro periódico sobre Justicia Restaurativa que incluyera a abogados, juristas, trabajadores sociales, psicólogos y autoridades gubernamentales.

El actual Proyecto Justicia para el siglo XXI, a través del legislador Armínio José Abreu Lima da Rosa, presidente de la Secretaría del Consejo de la Magistratura, tomó forma a mediados de 2010 y fue reglamentado por medio de la

Resolución N° 822/10 – Consejo de la Magistratura (COMAG), y estableció las condiciones de aplicación de la Justicia restaurativa ante el Juzgado de la Infancia y la Juventud del Distrito Judicial Porto Alegre.

La actividad desarrollada por la Central de Prácticas Restaurativas es monitoreada por la Dirección General de Justicia, mediante el envío bimestral de informes con el detalle de la cantidad de los casos atendidos, la clase de los actos infraccionales tramitados, el número de acuerdos obtenidos, el número de acuerdos cumplidos, el grado de satisfacción de las partes y, finalmente, la cantidad de nuevos delitos cometidos por los involucrados.

3.9.6. NECRIM – São Paulo

Resulta imprescindible aclarar que la sigla NECRIM refiere a los Núcleos Especiales Criminales. Estos forman parte de la Policía Civil del Estado de São Paulo y se especializan en la resolución conflictos considerados «pequeños».

Estos núcleos fueron instalados en paralelo al funcionamiento de las comisarías con la finalidad de alcanzar una resolución rápida y eficaz de los conflictos penales que estuvieran vinculados con los juzgados especiales, pues las autoridades entendieron que mediante la conciliación pueden resolverse muchos conflictos. Así, se espera que esta iniciativa (además de ser considerada como humanista y sensata) se extienda por todo el país lo más pronto posible, hasta que llegue a crearse una nueva Carrera (o una fase inicial de la Carrera) dentro de la Policía Civil: la del Comisario conciliador.

La primera experiencia de los núcleos NECRIM tuvo lugar en 2003 en Ribeirão Corrente, Ribeirão Preto, por iniciativa del Comisario Policial Dr. Clovis Rodrigues da Costa. Posteriormente, se afianzó en la región de Bauru y Lins (São Paulo) a partir de 2009.

Teniendo en cuenta los resultados positivos ejemplares obtenidos, las policías de otros Estados han visitado con interés estos núcleos paulistas con miras a implementar el exitoso proyecto en sus comisarías.

En los procedimientos llevados a cabo en los núcleos NECRIM, la mediación

es realizada por el Comisario, quien asume el papel de presidir y orientar las audiencias conciliadoras al formalizar un instrumento denominado *Acta de Composición Preliminar*, documento que debe estar presentado junto con la denuncia policial.

En este programa, la mediación tramitada está condicionada a la apreciación de los magistrados que podrán o no homologarlas luego de que el Representante de Ministerio Público emita su opinión.

3.10. Métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito penal argentino

La mediación como método en la materia penal aún es considerada una práctica nueva. No obstante, ocupa un lugar primordial entre los nuevos derechos, puesto que su reconocimiento es imprescindible para el cambio de paradigma de la justicia penal.

Entendido como el acceso a justicia, como aquellas puertas que se le abren a un ciudadano para encontrar la satisfacción de sus intereses y para el reconocimiento de sus derechos, durante años, la justicia se ha visto desbordada, por múltiples causas que no tienen respuesta lo cual, en el proceso estrictamente penal, genera gran insatisfacción, y culmina con el clásico «no hay justicia». Esa concepción dentro de las comunidades produce desasosiego y desesperanza, cuando no, conductas reñidas con el orden público o a la comisión de otros ilícitos, como por ejemplo «la justicia por mano propia» o los desmanes que destruyen edificios públicos en pos de un reclamo en principio justo. (Trebolle, 2019, p. 1).

El derecho penal argentino está dando grandes pasos hacia la aplicación de la Justicia restaurativa. Prueba de ello son las casas de Justicia, en donde un equipo interdisciplinario propone soluciones en tiempo real, sin costos aparentes, pero con un gran beneficio social (Trebolle, 2019).

Es preciso destacar que, a pesar de que no siempre el resultado es un acuerdo, la mediación penal brinda al ofensor la oportunidad de responsabilizarse de la infracción cometida al enfrentar a la víctima y permite una mayor asistencia y participación de esta última en el proceso. En este sentido, resulta importante hacer

foco en que el análisis efectivo de un determinado caso es un elemento vital para que la conclusión de la causa sea exitosa. A través del proceso de mediación, el profesional neutral, cuya misión es facilitar la comunicación entre las partes del conflicto, podrá detectar los intereses de ellas y podrá ayudarlas a clasificarlas según un orden lógico.

Luego de esta primera etapa, estaremos en condiciones de elaborar con solidez, nuestro reclamo, o bien de atender el reclamo del otro dentro de un contexto de responsabilidad, para que puedan surgir opciones de mutuo beneficio. Sin lugar a dudas, no solo podrá mejorar la imagen de los profesionales actuantes, sino también de las partes litigantes quienes, al recibir cierta satisfacción a sus intereses, apreciarán el accionar de la justicia como un valor al alcance de todos. (Trebolle, 2019, p. 3).

Teniendo en cuenta que el mediador es el conductor del proceso, en esta modalidad de la mediación su papel es de extrema importancia, siendo necesario que pueda utilizar diversas técnicas y recursos suavizar la aspereza que suele darse en la interacción entre el ofensor y la víctima. La tarea del profesional también incluye la exposición de los efectos restaurativos del proceso y dar garantía de la seguridad física y emocional de las partes. Asimismo, debe demostrar que no está allí para actuar como juez y que no tiene atribuciones para emitir ningún tipo de juicio o atribuir culpas.

Como hemos mencionado, el objetivo principal es establecer el diálogo entre las partes con énfasis en la posible restauración de la situación de la víctima y la aceptación de la culpa por parte del ofensor. De esta forma, este tiene la posibilidad de relatar las circunstancias y consecuencias del delito desde su perspectiva. El mediador también deberá evidenciar la necesidad de la reparación de las pérdidas morales, patrimoniales y afectivas producidas.

3.10.1. Resolución 81/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en Argentina

Recientemente, el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina aprobó una

serie de protocolos de efectividad para la creación e implementación de programas relacionados con el desarrollo de la justicia restaurativa.

En este sentido, «Probemos hablando», lanzado en 2015, constituyó una vía para la formación a los internos con la finalidad de que puedan resolver sus diferencias mediante herramientas de diálogo y cooperación entre ellos, y así disminuir la violencia, mitigar el desamparo y la impotencia que tienen para abordar situaciones diarias. Luego de una primera etapa, este programa fue complementado con otro para su mayor efectividad (Trebolle, 2019).

Como venimos explicando, y resaltamos aquí debido que también se ajusta a este caso en particular, los programas restauradores tienen el objetivo de incrementar la reinserción social. Puntualmente, este trabaja con individuos que se encuentran dentro del sistema penitenciario.

A propósito, la Dra. Evangelina Trebolle (2019) sostiene que uno de los temas más importantes cuando hablamos de seguridad en líneas generales es alcanzar dentro de las instituciones penitenciarias un esquema que esté enfocado en la reinserción social de quienes han sido privados de su libertad. Tal vez este sea el aspecto menos visible del sistema, el objetivo opacado, para decirlo con otras palabras, dentro de las mencionadas instituciones, pues, en verdad, se busca lograr la inclusión, la convivencia y el fortalecimiento de quienes allí están obligados a permanecer.

La Resolución 81/2019 ha sido planteada con el objetivo de sistematizar los procedimientos restauradores en todos los establecimientos federales argentinos, a fin de unificar la confección de formularios que produzcan estadísticas que reflejen los resultados alcanzados.

Asimismo, resulta innovador en comparación con otros puesto que permite se utilicen videoconferencias en la aplicación de las prácticas restaurativas para evitar eventualmente los costos elevados de los transportes.

Las nuevas tecnologías y el conocimiento de los nuevos lenguajes que surgen por medio de la web 4.0 pueden resultar de utilidad en el avance de la comunicación humana mediada por las redes sociales, los celulares y la multiplicidad de medios que hoy forman parte nuestras vidas. En suma, podemos afirmar que esta resolución marca un camino a la implementación de las herramientas de la mediación en el ámbito penitenciario reforzado, además, por los principios de la justicia restaurativa. (Trebolle, 2019, p. 2).

De este modo, la resolución del Ministerio de Justicia presenta contribuciones interesantes para la solución de los problemas penitenciarios en la República Argentina, y posibilita la aplicación de métodos basados en la filosofía restaurativa en detrimento de la implementación del anacrónico modelo del *ius puniendi* del siglo pasado.

Trebolle (2019) afirma resulta claro que la resolución del Ministerio de Justicia de la Nación de Argentina presenta interesantes aportes para enriquecer la compleja tarea penitenciaria de nuestro país. Esta le permite a la institución avanzar en la aplicación de métodos adecuados para la resolución de conflictos en todos los ámbitos de la vida carcelaria, tanto *intra muros* como en su relación con el exterior bajo los fundamentos de los principios filosóficos de la justicia restaurativa y no en el mero *ius puniendi* del siglo pasado. Como hemos explicado, estos principios tienden a la reconstrucción de vínculos sociales, a la integración dentro de la comunidad, al reconocimiento humano, al acceso a justicia en función de alcanzar el camino hacia la ansiada paz social.

En este sentido, y para respaldar lo anterior, la Dra. Trebolle (2019) considera que

La construcción de la paz social es un proceso lento y complejo que día a día toda comunidad debe tener como finalidad. Dentro de los mecanismos o herramientas apropiados encontramos los métodos alternativos de resolución de conflictos en todas sus formas: la negociación, la facilitación, la mediación etc. Ellos permiten reelaborar el conflicto en modos positivos para los grupos o individuos respetando la diversidad, utilizando metodologías no violentas, desarrollando el respeto por los derechos humanos. (p. 5).

3.10.2. El diálogo como instrumento para la resolución de conflictos y como finalidad en la colaboración entre organismos

Como hemos mencionado en líneas precedentes, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) de Argentina creó y promovió en 2015 el programa denominado «Probemos hablando: una experiencia de diálogo con jóvenes detenidos».

La creación y propuesta de esta iniciativa estuvieron enmarcadas en las «Reglas Mandela» de las Naciones Unidas, las cuales constituyen un conjunto de recomendaciones hacia los Estados para tratar a los reclusos y administrar las cárceles. Así, específicamente, la reglamentación N° 38 alienta a la institución penitenciaria a implementar tanto como sea posible mecanismos para la prevención de conflictos, la mediación o cualquier otra alternativa resolutive.

Con base en lo que hemos mencionado, en 2017, la PPN lanzó el programa «Marcos Paz» cuyo objetivo es promover el diálogo interinstitucional y la colaboración, pero a mayor escala y con un carácter más duradero y estable.

Este programa fue aprobado por la Resolución 40/2017 del Ministerio de Justicia de la Nación. Sus objetivos coinciden con las metas institucionales del PPN: promover la palabra como herramienta para la resolución pacífica de los conflictos de convivencia entre quienes están privados de su libertad; diseñar, en conjunto, mecanismos de diálogo que permitan encontrar formas no violentas de gestión y resolución de los conflictos de convivencia; facilitar la celebración de acuerdos; lograr una reducción de los índices de violencia y promover la cultura de la paz; entre otros. Este programa se basa en la creencia de que es posible que la PPN, en las circunstancias actuales, promueva y logre mejoras en las condiciones de detención de las personas privadas de libertad a través del diálogo. Y eso es particularmente probable en el Complejo Federal de Jóvenes Adultos Marcos Paz (CFJA).

La base de esta iniciativa es la creencia sincera y firme en la capacidad de todos los seres humanos para transformar positivamente la forma en que se relacionan en su propio entorno y a sí mismos a través de la palabra, y sin ninguna intervención externa que no sea la figura de los facilitadores del diálogo y una estructura apropiada para la conversación. Esta perspectiva está inspirada en varias fuentes humanísticas que incluyen algunas ideas fundamentales sobre el papel que el Estado debe cumplir en la sociedad y su forma de relacionarse con los ciudadanos en el siglo XXI.

En vistas de lo antes mencionado, la idea y los principios de un gobierno abierto es plenamente esperanzadora, pues se erige como un gran facilitador para fortalecer o reconfigurar los mecanismos de distintos Estados para servir a sus ciudadanos y lograr así el bien común. Esto implica un cambio cultural en la forma de hacer las cosas, desde el diálogo hasta la interacción entre las partes, en las actitudes de las autoridades y de los funcionarios públicos frente a los ciudadanos y

con ellos. Ya no es una relación en la que la asimetría y la autoridad son la norma o los medios, sino que prima al ciudadano en el pleno goce de sus derechos, deberes y obligaciones (Clad, 2016).

En este sentido, el diálogo entre partes propuesto para la institución de este programa también tiene como objetivo incluir a todas las instituciones públicas relacionadas con el problema de la privación de libertad. Así, es parte constitutiva del programa Marcos de Paz promover y especificar una interacción constructiva con todas las instituciones relacionadas con el problema en cuestión, incluida la PPN, para que puedan actuar de manera cooperativa, coordinada y articulada para evitar superposiciones y duplicaciones (Clad, 2016).

3.10.2.1. Objetivos y métodos del Programa Marcos Paz

El programa Marcos Paz tiene los siguientes objetivos:

1) Promover la paz y prevenir las violaciones de los Derechos Humanos (especialmente la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) en la CFJA.

2) Lograr una reducción de la violencia en las relaciones con los detenidos y que se fortalezcan con la palabra para defender sus derechos e intereses a través del diálogo entre pares, del diálogo sobre capacitación en derechos humanos y la promoción de la cultura de paz en CFJA.

3) Lograr la reducción y racionalización del uso de la fuerza por parte de los funcionarios penitenciarios a través del diálogo sobre capacitación en derechos humanos, prevención y transformación de conflictos, de la facilitación del diálogo y de la promoción de innovaciones en la gestión de prisiones y del ejercicio de los derechos, incluido el acceso a la justicia.

4) Mejorar nuestro conocimiento sobre los conflictos de convivencia entre personas privadas de su libertad, sobre la visión y las prácticas de los funcionarios penitenciarios, el funcionamiento del sistema penitenciario, con un enfoque especial para CFJA.

Podemos ver que el plan de acción del equipo facilitador y la definición de

métodos de evaluación deben ser contruidos con base en un abordaje interdisciplinar y con una estructura fuerte y horizontal. De esta forma, se enriquece la formación de los facilitadores ya que pueden compartir y aprender de sus experiencias con las distintas personas con las que llevan adelante su trabajo. A partir de esta diversidad y escucha atenta de la realidad, surgirán propuestas de trabajo o modalidades de resolución de conflictos que se ajusten a las distintas problemáticas que puedan aparecer. Así, el equipo puede presentar una o varias propuestas en el diálogo con los jóvenes encarcelados. Cabe destacar que se espera alentar y co-organizar actividades que eviten la censura de la expresión, o bien, la libertad de expresión de quienes integren el programa que fue pensado exclusivamente para la institución penitenciaria de Marcos Paz.

A propósito de lo explicitado y expuesto en este apartado, consideramos que tanto la Justicia Penal brasileña como la argentina se esfuerzan por encontrar formas alternativas para solucionar conflictos que pueden ser abordados por fuera del sistema punitivo. En estas, sobresale la primacía de una perspectiva que conduce a la restauración de la dignidad del ofensor con miras a evitar la reincidencia y al resarcimiento de la víctima entendiendo que ambas partes son integrantes de una misma sociedad.

4. METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo, se ha optado por una metodología cualitativa. En este sentido, la exploración bibliográfica y documental ha sido sustancialmente importante.

Respecto del carácter cualitativo de ese estudio, el psicólogo y profesor especialista en metodología de la investigación John Creswell (2007) define a los métodos cualitativos como instrumentos que poseen como principal característica generar una investigación interpretativa. De esta forma, los estudios cualitativos intentan realizar una narrativa interactiva y general sobre una determinada problemática o tema.

Asimismo, los doctores Sampieri, Fernández Collado y la doctora Baptista Lucio (2014), especialistas en metodología de la investigación, afirman que las investigaciones cualitativas utilizan técnicas para recolectar datos, como la observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, discusión en grupo, evaluación de experiencias personales, registro de historias de vida, e interacción e introspección con grupos o comunidades.

De acuerdo con la definición del profesor brasileño Eduardo Moresi (2003), un estudio se caracteriza como bibliográfico, cuando el investigador utiliza materiales a los que puede acceder gran parte de la población como libros, diarios, periódicos o revistas [materiales tanto digitales como físicos]. Asimismo, una investigación es documental cuando el material de análisis incluye documentos de órganos públicos, privados o personales.

De esta forma, la elección de la investigación bibliográfica y documental es aquí considerada como un método eficaz para la identificación, selección y obtención de documentos vinculados al tema que se aborda de manera fácil, rápida y confiable, en tanto esta sea llevada a cabo de forma estructurada y profesional. Además, permite que otros investigadores consulten las fuentes bibliográficas citadas, y que puedan entender -hasta quizá continuar- el trabajo realizado. Respecto de este tipo de investigación en Internet, esta resulta muy útil en su especificidad pues elimina barreras que dificultan a los investigadores continuar con sus estudios, tales como la distancia o sus situaciones financieras.

3.1. Unidades de análisis

Como unidad de análisis se ha elegido la aplicación de la justicia restaurativa como alternativa al actual sistema penitenciario en Brasil para el período 2018 - 2019.

3.2. Variables

La investigación tuvo como conceptos moderadores justicia restaurativa, sistema penal tradicional, alternativas al sistema penal tradicional, prácticas restaurativas, y las teorías o las lecturas que refieren puntualmente al tema abordado para poder caracterizar y dar sustento a la presente investigación presentada como tesis de maestría.

3.2.1. Subvariables

Respecto de la elección de las subvariables, se ha hecho foco en los aspectos negativos del sistema punitivo actual debido a que, en líneas generales, hemos observado que hay un contundente material cualitativo y cuantitativo en el cual se puede apreciar que el sistema actual, en vez de incluir y resocializar a quienes están privados de su libertad por haber cometido uno o varios actos infraccionales, los excluye y empeora su situación.

3.3. Criterio de selección de casos

Los casos elegidos para la realización de este trabajo de investigación fueron aquellos en los que se ha optado por la implementación de la justicia restaurativa como complemento o reemplazo del abordaje o de las técnicas tradicionales del

sistema punitivo actual: respecto de los países, se han retomado los casos de Nueva Zelanda y Argentina a modo de ejemplo y contraste; respecto de las ciudades de Brasil, los proyectos piloto de São Caetano do Sul, Guarulhos, São Paulo, y Salvador de Bahía.

5. ANÁLISIS DE RESULTADOS

En esta sección nos proponemos discriminar en algunas aristas reflexiones que han surgido específicamente sobre el tema que hemos abordado. Sin embargo, pueden compartirse con otros escenarios o recortes de estudio.

A lo largo del tiempo, tal como hemos expuesto, se han implementado -o al menos se han intentado implementar- distintas alternativas al sistema punitivo actual para la resolución de conflictos que se consideraban como infracciones que no merecían castigos severos. Esto se ha realizado no solo porque en más de una ocasión el abordaje tradicional mostraba una ineficacia significativa, sino porque también las sociedades han ido cambiando y han adquirido distintas características.

No obstante, aunque la aplicación de prácticas que se condicen con los principios de la justicia restaurativa es reciente y flexible, está comprobado que es son de fundamental importancia como complemento del sistema de justicia actual, o bien, como actor principal para abordar algunas problemáticas específicas.

Resulta pertinente destacar que, como generalmente el Estado (representado por el Poder Judicial y las instituciones que de él dependen) es el responsable de la justicia, las sociedades entienden que esta es sinónimo de una sola cosa: imponer castigos y sanciones ante las distintas infracciones o delitos. Pero el sistema punitivo tradicional muchas veces no tiene en cuenta las necesidades de la víctima durante el proceso y busca incesantemente oprimir y excluir al delincuente de la sociedad. Por lo tanto, la conversación y el entendimiento para la resolución de un conflicto o delito no son parte del concepto de justicia determinado por la sociedad, y la infracción es simplemente la violación de las leyes estatales. En este sentido, es natural que el delincuente esté obligado a cumplir con una pena para restaurar el daño que causó.

Sin embargo, al analizar los casos de implementación de justicia restaurativa, hemos visto que existen resultados prometedores respecto de la efectividad de las prácticas restitutivas que se condicen con un proceso más humanitario tanto para la víctima como para el ofensor, siendo que son parte de una misma sociedad y siendo que el objetivo es la paz social.

A partir de las experiencias analizadas, podemos afirmar que la aplicación de

la justicia restaurativa en algunos ámbitos, y para el abordaje de determinados conflictos, deja como saldo positivo muchos beneficios, como por ejemplo, se libera al Poder Judicial de algunas tareas y ocurre cierta descongestión en las problemáticas actuales que atraviesa el sistema penitenciario.

Con esto último no queremos decir que algunos delitos no deban ser taxativamente abordados por el sistema tradicional. Pero sucede que muchas veces este se encuentra desbordado y los conflictos que no merecen la aplicación de castigos severos tardan en resolverse. Y es preciso destacar que todos los miembros de la sociedad tienen derecho a acceder a la justicia porque esto es parte del desarrollo de las civilizaciones. De esta forma, resulta necesaria la implementación de métodos, al menos, complementarios. Y aquí es donde la justicia restaurativa tiene los principios idóneos para llevar a cabo esta tarea.

Como el objetivo general de este trabajo fue estudiar las prácticas de la justicia restaurativa como una alternativa efectiva al sistema penitenciario tradicional, es de crucial importancia entender que debe existir un cambio cultural en simultáneo con el cambio legal y social en el que también se problematizan las prácticas retributivas actuales, lo cual representaría una transformación jurídica y cultural en toda la sociedad. A su vez, es preciso resaltar que esta alternativa debe respetar el Estado democrático de derecho y, en especial, tener ante todo presente a los Derechos Humanos.

5.1. Sobre el uso del concepto de justicia restaurativa

El concepto de justicia restaurativa no es algo nuevo, como lo hemos podido ver a lo largo de este trabajo. Vale más decir, el concepto de restauración es algo que existe hace más o menos doscientos años. La visión de la justicia era de tipo restaurativo, por ejemplo, en las comunidades indígenas de América del Norte, de Australia, de Nueva Zelanda y de Canadá. La aplicación de las prácticas restaurativas, es decir, prácticas que tienen la finalidad de restaurar el daño ocasionado al ofendido y a la comunidad próxima, no tiene que ver solo con una cuestión de exponer la vergüenza de quien cometió el ilícito, sino que, como esa persona pertenece a una comunidad, la vergüenza pasa a ser comunitaria. Entonces,

el concepto de restauración tiene que ver con entrar en la razón de que si se ha cometido un acto indebido que afectó a la comunidad, de alguna manera, el que cometió la acción negativa debe reconocer el error y reparar los daños que ha ocasionado.

El concepto restaurativo, o el concepto restaurador, reparador -o hasta transformador, como lo escuchamos en algunos ámbitos o como lo podemos leer según los distintos especialistas en el tema que han sido citados-, se fue perdiendo paulatinamente debido al desarrollo de las sociedades y de los sistemas jurídicos y políticos. Este entró en un detrimento notorio y el que logró instaurarse fue el concepto de justicia retributiva, el cual tiene un enfoque punitivista. No obstante, para el beneficio de gran parte de las sociedades, hace unas cuatro o cinco décadas el concepto de justicia restaurativa fue recuperado por, por ejemplo, académicos de renombre como Howard Zher considerado como el padre de la justicia restaurativa de Estados Unidos quien, hacia el final de 1970, retomó el concepto e implementó los primeros encuentros entre víctima y victimario. Con el tiempo, agregaron la presencia de la comunidad como la tercera parte de una tríada restauradora con el fin de lograr un resarcimiento integral del daño. Actualmente, la justicia restaurativa se implementa en muchos países en el mundo. Sin embargo, más allá de algunas pruebas con resultados muy prometedores, falta mucho camino por recorrer. En principio, para que sea una política pública reconocida como tal, y porque cada sociedad es diferente y a sus particularidades tienen que estar ajustados los diseños de los mecanismos restaurativos para su propio beneficio y prosperidad.

5.2. Diferencias esenciales entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa

Como hemos podido ver, por un lado tenemos el enfoque retributivo, por otro, el enfoque restaurativo. A modo de respaldo, Howard Zher nos decía que valía la pena hacer una diferenciación exacta: la visión retributiva sostiene que un delito es un acto que va en contra de las leyes, que va en contra del Estado, la víctima es el mismo Estado, y no una persona; pero para la visión restaurativa, un delito es un acto en contra de las personas, en contra de la comunidad. Es decir, es algo mucho más humano, es haber dañado a las personas y ese daño ha quebrado la relación entre esas personas. En

general, es posible que pensar que muchas personas –no solamente los especialistas ni los operadores de la justicia- están de acuerdo con que abordar un proceso con las herramientas de la justicia retributiva divide a las personas que están en conflicto. Mientras que el proceso restaurativo se esfuerza por contribuir a unir nuevamente a las partes involucradas en el conflicto. Es decir, hay un esfuerzo por reconstruir el lazo social. Si bien no siempre se consigue, el proceso restaurador contribuye a que pueda ocurrir.

En la visión punitiva, el sistema busca establecer el castigo al culpable del acto delictivo, es decir, castigar a quién cometió la falta. En contraste, desde el punto de vista retributivo, se busca que la persona que cometió el ilícito tome consciencia real de lo que ha ocasionado y asuma su responsabilidad. No es culpa, sino que es su responsabilidad. En otras palabras, desde la perspectiva retributiva, al culpable se lo castiga por lo que hizo; pero en la restauradora se intenta que el responsable del acto negativo reconozca su equivocación y repare conscientemente los daños que ha ocasionado. En la medida de lo posible, la justicia restaurativa busca volver a componer las relaciones que se han quebrado.

Otra diferencia es que, en la visión punitiva, los actores del conflicto son muy pasivos porque son personas externas al conflicto: fiscales, jueces, abogados, es decir, un equipo interdisciplinario que decide qué es lo que va a pasar con el conflicto. Hay una pérdida de poder o un incumplimiento de dar poder a las partes que están directamente vinculadas con el conflicto. Mientras que en la perspectiva restaurativa se le da poder a las personas que han protagonizado el hecho delictivo. Es decir, el infractor o los infractores, el victimario o los victimarios y toda la comunidad toman consciencia de lo que implicó el hecho delictivo y debaten sobre qué medidas tomar para poder arreglarlo. Así, hay un empoderamiento de los propios actores del conflicto.

Por su parte, la justicia restaurativa se enfoca principalmente en la víctima, la cual tiene derechos y necesidades. A través de los procesos restaurativos, de los procesos de encuentro, la víctima tiene la posibilidad de que aquellos se hagan valer. En contraste, la visión punitiva generalmente no tiene en cuenta a la víctima, está olvidada, y cuando no es olvidada, se la vuelve a victimizar.

La transformación del paradigma de la retributividad hacia el paradigma de la restauratividad corresponde a la sustitución de una cultura de culpa, que miraba hacia el pasado, por una cultura de aprendizaje, que mira hacia el futuro, y se instala la posibilidad de inaugurar una responsabilidad activa de los sujetos involucrados, la cual

en el sistema retributivo es enteramente transferida al Estado.

5.3. Temas actuales vinculados a la justicia restaurativa

Al hablar de justicia restaurativa, no podemos dejar de mencionar al menos tres cuestiones fundamentales que consideramos que fueron fundamentales para introducir el debate sobre la implementación de prácticas restaurativas en contraposición a las imperativas prácticas retributivas. De este modo, y dado que el derecho penal es el instrumento normativo de regulación social más violento, particularmente porque con la aplicación de las penas privativas de libertad afecta el derecho de circular libremente de los ciudadanos, debe ser utilizado en forma restringida (Derecho Penal Mínimo). En una perspectiva político-jurídica, debe darse preferencia a todos aquellos modos ajenos al ámbito penal de solución de conflictos. La represión penal debe ser el último instrumento utilizado, y debe ser reservado para los casos en los que no existan más alternativas disponibles.

En consonancia con lo antes mencionado, las penas deben ser proporcionales a la gravedad del delito, tanto en su fase nominal, es decir en los textos abstractos de la ley, como en la fase de aplicación por parte del juez. Así, debe existir una relativa proporcionalidad entre la mayor o menor potencialidad lesiva de la infracción y la pena respectiva. En este sentido, en algunos delitos, siquiera la víctima desea la prisión del ofensor en contraposición a lo que suele ocurrir en delitos de hurto. La devolución de la cosa hurtada, una pequeña indemnización, o hasta un pedido de disculpas constituyen soluciones prácticas y eficaces más proporcionales para un delito que fue cometido sin violencia o sin amenazas graves, y que difícilmente afecte a terceros.

Algunas experiencias de aplicación de la justicia restaurativa demuestran que el sistema de atención a las víctimas es bien recibido por el resto de la sociedad puesto que se ha detectado que, en varias ocasiones, hay un interés público por tratar de minimizar las consecuencias de la acción sufrida.

Por otro lado, y como hemos mencionado en esta investigación, la expresión Derecho Penal del Enemigo fue implementada por primera vez en mayo de 1985 por

el jurista alemán Günther Jakobs en el marco del Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt. Esta categoría del derecho se contrapone al Derecho Penal de Ciudadano, que es, según el doctor Allan Valverde el «que juzga al ciudadano en su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal, en particular por la garantía de presunción de inocencia» (2009). No obstante, la justicia restaurativa no se contrapone con esta categoría del derecho penal, puesto que ella se concentra en los delitos más leves. En tanto el segundo aborda los delitos más perversos, los cuales no son, por hora, pasibles de la aplicación de una justicia restauradora.

Así, el Derecho Penal Mínimo es la vertiente de la Criminología crítica más aplicada y con mayor aceptación. Propone una limitación de la intervención penal, puesto que, desde esta perspectiva, debería ser utilizada como *ultima ratio*. Así, el derecho penal sería implementado solamente para abordar los delitos considerados más graves y siempre que en otras esferas del derecho haya sido encontrada una solución eficaz.

Un punto controvertido en el tema es la abolición del Estado, o por lo menos, del derecho penal, pues quienes defienden tal punto de vista consideran que si el derecho penal no es capaz de cumplir sus objetivos, debe ser eliminado. De todas maneras, la mayoría de los operadores del derecho tiene una postura más moderada al sostener que no deben ser extinguidas todas las instituciones de control, sino solo aquellas que, al pertenecer a la cultura punitiva tradicional, no evidencian eficiencia práctica alguna.

En este sentido, no debe confundirse el abolicionismo con la anarquía o con la ausencia de control social de los conflictos, la cual también pretende la despenalización y la aplicación de alternativas como modelos conciliatorios. Como afirma Sánchez (2011), la total ausencia del derecho penal sin dudas conduciría al surgimiento de instancias que producirían mayores efectos negativos al conjunto de la sociedad, sin que, probablemente, fuesen acompañadas de efectos preventivos comparables a los del propio derecho penal. Por lo tanto, aunque resulte de difícil aplicación, tener en cuenta la perspectiva abolicionista se muestra extremadamente importante como contrapartida al Derecho Penal Máximo, y aporta cuestionamientos y datos relevantes para el sistema punitivo.

Sin embargo, lo que torna al Derecho Penal Mínimo esencial es su oposición

al abolicionismo, por cuanto pregona que, aún siendo mínimo, debemos tener un derecho penal formal con el objetivo de evitar una venganza privada.

5.4. Los adolescentes en conflicto con la ley. Una reflexión sobre la región latinoamericana.

En Latinoamérica tenemos muchos problemas sociales comunes. Uno de ellos es el nivel de reproche, de retribución, de punición que exige la sociedad sobre cualquier persona que comete un ilícito penal y es mucho más retributivo y mucho más punitiva la sociedad cuando se trata de personas menores de edad, aún más que con adultos porque son los incorregibles, los intratables, los que están «perdidos». Esa es la visión que tiene América Latina en su conjunto respecto de los adolescentes que están en conflicto con la Ley Penal. Pero en realidad, esos adolescentes están en conflicto con la vida, están en conflicto con ellos mismos. Y el Estado está en conflicto con ellos, porque el Estado es el gran deudor de la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales. Cuando no hay oportunidad de educación, cuando la educación es deficiente, cuando la sanidad no funciona, cuando el sector Salud tampoco les ofrece la oportunidad de ir a un programa de adicción de drogas, a conocer sobre las enfermedades de transmisión sexual, cuando no se tiene en cuenta que el adolescente es una persona en desarrollo y no un adulto en las mismas condiciones es mucho más probable que este entre en conflicto con las instituciones, con la sociedad que lo contiene, con el Estado. Pero son estos dos últimos actores los que realmente están en deuda con el adolescente. Es necesario abordar esta problemática desde distintas aristas, no solamente desde la jurídico – penal.

Es preciso resaltar que hay una gran dificultad en muchas sociedades: el imperativo «el que las hace, las paga». Hemos mencionado en esta investigación a la reconocida Ley del Tali3n, de la cual se extrajo el famoso proverbio «ojo por ojo, diente por diente», y que constituy3n un marco del derecho penal respecto de la proporcionalidad de las penas. Entonces, «ojo por ojo, diente por diente» y las dos partes quedan tuertas. Por supuesto, esto implica que existe la idea de un mal en dos direcciones distintas. Y esta es la base cultural occidental de la pena, es decir, no

importa qué prevenga a futuro y qué no, lo que se desea es que el infractor sea castigado. Esa es la raíz profunda, y los políticos se hacen eco de esta determinación generalizada mediante un populismo penal que responde a quién le ofrece a la sociedad penas más altas, edades más bajas de incriminación, sistemas más duros. Como hemos visto, esto genera índices muy elevados de encarcelamiento y una superpoblación en las instituciones penitenciarias, además de la violación de todo tipo de derechos de las personas que allí están privadas de su libertad.

Bajo la lente de la justicia retributiva existe el pensamiento de que si se condena a los más jóvenes, de que si se baja la edad de imputabilidad o si se aumenta la severidad de las penas, las sociedades estarían frente al «gran» remedio para poner fin a los delitos. Sin embargo, eso no se corresponde con estadísticas ni estudios lo suficientemente serios como para seguir avalando prácticas retributivas para con la población adolescente.

Utilizar el mismo instrumento penal que se implementa a la hora de abordar el delito de los adultos, aún con sus adecuaciones para el delito inicial del niño o del adolescente, es un grave error, porque es no comprender la naturaleza diferente de la transgresión adolescente. El adolescente transgrede los límites que se le presentan por dos grandes motivos que son mucho más complejos: por oposición a las normas de su familia y de su sociedad, por desafiarlas. Esto lo hace porque está inmerso en una etapa de desarrollo evolutivo y psicológico cuya finalidad es ganar su autonomía. Aunque lo más beneficioso para esta población es que esa ganancia se dé de forma positiva, en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley lo hacen de un modo negativo. El otro gran motivo es cuando los adolescentes transgreden las leyes por mandato de medio familiar o social, es decir, cuando reciben el imperativo directo de la delincuencia. Como podemos ver, son dos motivos bien distintos y es menester discriminarlos para poder tener un mejor análisis de los adolescentes infractores. No hacerlo es no tener la posibilidad de encontrar mejores soluciones que beneficien a la mayoría de la sociedad.

En general, cuando se trata al adolescente como un adulto precoz es alentar la formación de bandas criminales. Porque el niño – o el adolescente - va a tener que pasar por los castigos del sistema penal pensado para los adultos y, en el caso de poder tolerarlos, soportarlo, se lo jerarquiza como algo excepcional. De modo contrario, la implementación de las prácticas restaurativas en los sistemas penales modernos privilegia que la transgresión de la ley de un adolescente sea pensada de modo apropiado para el adolescente. Es un camino diferente, es un enfoque más complejo,

porque implica pensar el tratamiento de un conflicto de forma estructuralmente distinta a como se lo ha tratado desde hace lustros, pero con la posibilidad incursionar en soluciones adecuadas.

Si sabemos que los métodos tradicionales para los adolescentes en conflicto con la ley no han funcionado y tenemos en cuenta que los proyectos piloto en varias regiones del mundo sí lo han hecho, tenemos que tomar conciencia de qué es lo que realmente funciona. Este ejercicio del enfoque restaurativo aplicado a la justicia penal juvenil está funcionando aunque falte construir más, especialmente, contar con mayores recursos presupuestales para abordar otros escenarios, otros lugares y puntos de acción. El adolescente es una persona en desarrollo, una persona en una situación más vulnerable y que tiene menos capacidad de defensa. Estas características desvían la atención de otros problemas mucho más serios que aquejan a la comunidad.

La justicia restaurativa es el reemplazo de un tipo de justicia en donde no hay garantías ni procesos, en donde se ve al infractor más que como un sujeto de derecho, como un objeto, en donde las medidas son «por tiempo indeterminado». En cambio con la justicia restaurativa lo que se busca es un derecho penal mínimo, de mínima intervención, que los procesos sean cortos, que se acompañe al adolescente en su proceso educativo y de desarrollo. Consideramos en la insistencia de que los adolescentes sean tratados como adolescentes y no como adultos precoces.

Las diferencia esencial con el enfoque punitivo es que, inicialmente, se discriminan varios ejes: la tasa de reincidencia de los jóvenes cuando pasan por este tipo de proyectos es muy baja, el costo para los distintos Estados es menor respecto del enfoque retributivo y tiene mejores resultados - como lo hemos expresado y en cifras que lo acompañan -; se tiene en cuenta y se analiza la cohesión familiar, porque en este enfoque se trabaja con los círculos más inmediatos de las partes involucradas y con la comunidad, porque esto tiene que ver directamente con la reinserción de los jóvenes dentro de la comunidad, y por eso es importante tener en cuenta su intervención y su apropiación respecto de lo sucedido para aceptar a estos jóvenes nuevamente en su seno.

Es preciso aquí resaltar que cuando se trabaja sobre las causas que condicionan las conductas delictivas de los adolescentes se conecta a la adolescente con todos los actores sociales de la comunidad. Es decir, si una de las causas que condicionaron su comportamiento delictivo es el consumo de drogas, hay que trabajar con el tema de la

farmacodependencia y con las entidades de la sociedad civil, ONGs o el propio sector de Salud para lograr la desafección del adolescente a las drogas. Otro ejemplo es el de la no identidad, esto lo imposibilita de cualquier tipo de ayuda de seguridad social, entre otros. Estos casos ilustrativos nos permiten comprender por qué los delitos no son casos en sí mismos, es decir, conflictos aislados, sino que tienen que ver con problemáticas estructuralmente más profundas. Desde este enfoque, se indaga más en las personas, se indaga más en las causas que condicionan su conducta y se procura que esas causas se reviertan para que el adolescente pueda reinsertarse nuevamente en su seno familiar y también de cara a la sociedad.

En este sentido, y para respaldar, la propuesta de Konzen no se identifica con alternativas abolicionistas ni con mecanismos de desjudicialización o minimización de la responsabilidad y del papel del poder público con la actividad represiva, sino que devuelve enteramente la solución de los conflictos a los que tienen interés directo, e insiste en comprometer a las partes del conflicto en el proceso resolutorio y en sus implicancias para el futuro. Así, Konzen inscribe en la línea de quienes proponen un procedimiento de justicia restaurativa y dejan de lado los mecanismos del sistema acusatorio de la tradición retributiva cuando se trata de adolescentes. Al contrario de los movimientos abolicionistas, que pretenden que la solución del conflicto quede en las manos de la víctima y del ofensor sin la intervención de terceros, en el caso, el Estado-Juez, el movimiento restaurativo dialoga con la justicia penal estatal y sugiere la existencia de principios reguladores, control y supervisión pública de los acuerdos.

5.4.1. Mediación y Prácticas restaurativas

Cuando la justicia restaurativa todavía no tiene una implantación suficiente, pero aún así hay un esfuerzo notorio de trabajo en el ámbito penal, es de crucial importancia saber de qué hablamos cuando nos referimos a la Mediación y a las Prácticas restaurativas. En las instancias de Mediación y de Prácticas restaurativas se trabaja con la víctima y con el victimario a través de reuniones con escucha activa y con técnicas de mediación para que ambas partes lleguen a un acuerdo y para que el ofensor tome

consciencia de lo que hizo y que la víctima se sienta resarcida. Son métodos alternativos de resolución de los delitos en el ámbito penal. Aún así, existen diferencias entre la Mediación y las Prácticas restaurativas y muy útil tenerlas en cuenta. El desafío es, paulatinamente, sacar este tipo de conflictos «menores» del ámbito más punitivo.

En segundo lugar, es preciso también tener en cuenta que uno no es mejor que el otro, más bien son alternativas y cada una tiene sus particularidades, sobretodo, en la forma en la en que se desarrollan. La mediación se constituye con la participación de las personas directamente afectadas: el ofensor y la víctima. En contraste, una reunión restaurativa incluye a la víctima y al ofensor, cada uno acompañado de apoyos que pueden ser miembros de sus familias, amigos u otras personas de la comunidad. En este caso, la presencia de otras personas es importante porque cuando hay un incidente, un conflicto, un delito, hay víctimas directas e indirectas tanto del lado del ofensor como del lado de la víctima. Estas presencias ayudan a que el ofensor se dé cuenta del impacto real que su comportamiento produjo. De esta forma, podemos ver cómo la presencia de una tercera parte (apoyos de profesionales, familia, amigos u otros miembros de la comunidad) constituye un diferencia notoria entre la Mediación y la Reunión restaurativa, que es donde tratamos de ampliar el círculo para dar una mejor idea de a quiénes hemos afectado. Mostrar de esta manera la dimensión del conflicto contribuye a que se aporten más posibles soluciones a la resolución del conflicto.

En tercer lugar, otra diferencia que hay entre la Mediación y la Reunión restaurativa es que el mediador tiene mayor libertad de acción, tanto con los afectados como en la organización de las reuniones. En cambio, el facilitador tiene un guión definido que tiene que cumplir de forma taxativa, tanto el orden de las preguntas como a quién se dirige. Es una instancia mucho más estructurada que en la Mediación, porque como dijimos, el mediador sigue otros parámetros mucho menos determinados.

En cuarto lugar, la calidad de la preparación de una reunión restaurativa es esencial y de esto depende el éxito de la reunión. Para llevarla a cabo, es necesario preparar el diálogo restaurativo con la entrevista, por separado, de cada una de las partes. En varias ocasiones, las personas deben ser entrevistadas más de una vez para poder establecer una confianza consistente con el facilitador, para lograr que tanto a víctima como el victimario se sientan cómodos para expresar cuáles son las necesidades reales, qué podrían ofrecer como solución, es decir, qué podrían hacer, pero que la decisión sea de ellos mismos. El facilitador no puede decir qué es lo que tiene más valor o qué es lo más apropiado para resolver el conflicto, caso contrario, habría

manipulación.

En quinto y último lugar, la decisión de participar y la decisión final de la resolución del conflicto tienen que ser expresadas por los propios actores involucrados. La Reunión restaurativa al igual que la mediación es un proceso voluntario. En este tipo de reuniones, el perdón es algo que puede ocurrir, aunque no es el objetivo principal, sino que el proceso lo permite. Independientemente del resultado, si el procedimiento es justo, las partes se sienten mejor compensadas.

A modo de respaldo, y de forma extensiva hacia las Reuniones restaurativas, Vezzulla considera a la Mediación como la más adecuada para ser usada en conflictos ocasionados por la práctica de actos infraccionales por adolescentes, por centrar el objetivo del mediador en la capacitación, en la transformación y en el reconocimiento de los propios sujetos de la mediación antes del abordaje del conflicto objetivo que los ocupa. El objetivo principal es establecer el diálogo entre las partes con énfasis en la posible restauración de la situación de la víctima y la aceptación de la culpa por parte del ofensor. De esta forma, este último tiene la posibilidad de relatar las circunstancias y consecuencias del delito desde su perspectiva.

5.5. Avances en el Sistema Penal Argentino en materia de justicia restaurativa

En este aspecto en particular, sostenemos que el derecho penal argentino está dando grandes pasos hacia la aplicación de la Justicia restaurativa. Prueba de ello son las casas de Justicia, en donde un equipo interdisciplinario propone soluciones en tiempo real, sin costos aparentes, pero con un gran beneficio social (Trebolle, 2019).

Recientemente, el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina aprobó una serie de protocolos de efectividad para la creación e implementación de programas relacionados con el desarrollo de la justicia restaurativa.

El programa «Probemos hablando», lanzado en 2015, tiene la finalidad de que los internos puedan resolver sus diferencias mediante herramientas de diálogo y cooperación entre ellos, y así, como sostiene la Dra. Trebolle (2019) disminuir la

violencia, mitigar el desamparo y la impotencia que tienen para abordar situaciones diarias. Asimismo, resulta innovador en comparación con otros puesto que permite se utilicen videoconferencias en la aplicación de las prácticas restaurativas para evitar eventualmente los costos elevados de los transportes. Luego de una primera etapa, este programa fue complementado con otro para su mayor efectividad.

La Resolución 81/2019 ha sido planteada con el objetivo de sistematizar los procedimientos restauradores en todos los establecimientos federales argentinos, a fin de unificar la confección de formularios que produzcan estadísticas que reflejen los resultados alcanzados. De este modo, la resolución del Ministerio de Justicia presenta contribuciones interesantes para la solución de los problemas penitenciarios en la República Argentina, y posibilita la aplicación de métodos basados en la filosofía restaurativa en detrimento de la implementación del anacrónico modelo del *ius puniendi* del siglo pasado.

Como venimos explicando, los programas restauradores tienen el objetivo de incrementar la reinserción social. Algunos programas que han demostrado notoria efectividad como «Probemos hablando» trabajan con individuos que se encuentran dentro del sistema penitenciario.

5.6. Justicia restaurativa en Brasil

El psicólogo y mediador Juan Carlos Vezzulla realizó un abordaje multidisciplinario del proceso vivido por el ser humano en la adolescencia, fase de la vida que la Constitución brasileña de 1988 reconoce como condición de persona que se encuentra en estado de desarrollo. El especialista en mediación considera que cada adolescente posee identidad propia y situaciones personales, familiares y sociales específicas. A partir de estas caracterizaciones, elaboró una interrelación entre los aspectos psíquicos y socioeconómicos que propician su entrada y permanencia en la marginalidad.

Al centrarse en la adolescencia como un momento del desarrollo del ser humano eminentemente vinculado con lo social y no taxativamente con lo biológico, Vezzulla considera absolutamente necesario el acompañamiento de la familia y de la comunidad en el pasaje de la dependencia infantil a la emancipación psicológica,

funcional, social y económica de cualquier individuo.

Lo más importante a ser destacado en el adolescente tiene que ver con sus aspectos psíquicos intrapersonales y su inserción en la sociedad, tanto en la forma en la que se relaciona con los otros, en lo que hace a su auto-identidad y a los espacios que la sociedad le facilita para que pueda realizar el paso de la dependencia infantil a la autonomía.

Si bien hay otros especialistas que tienen una injerencia notoria en lo que respecta a la Justicia en Brasil, destacamos al portugués Juan Carlos Vezulla puesto que es presidente científico de los Institutos de Mediación y de Arbitraje del Brasil y de Portugal, se desempeña como formador de mediadores en América Latina, Europa y África y, además, coordina el Servicio de Mediación con adolescentes y familias del Tribunal de Justicia de Joinville, Santa Catarina, Brasil.

Por otro lado, en un artículo sobre la Mediación y protección integral del adolescente en conflicto con la ley en Brasil, Alexandre Morais da Rosa (2008), Juez de Primera Instancia del Juzgado de la Infancia y de la Juventud del Distrito Judicial de Joinville, Santa Catarina, se refirió a la dificultad para emprender un diálogo entre el derecho y el psicoanálisis, como también a la necesidad de una ética de respeto a la singularidad de cada adolescente, cuyas actitudes dependen, en gran parte, de la manera en que fueron estructuradas sus relaciones hasta allí. La dificultad para instaurar este diálogo entre el Derecho y el Psicoanálisis gira en torno del hecho de que para el Derecho, lo adecuado es ser capaz de dominar las acciones del sujeto, mientras que, para el Psicoanálisis, el sujeto se encuentra sometido al inconsciente. Bajo la óptica de la Criminología crítica, no siempre la agresividad en la adolescencia significa delincuencia, pero puede constituir un intento poco acertado para constituirse como sujeto, en medio de las condiciones sociales de la compleja sociedad actual.

La respuesta estatal brasileña ante la práctica del acto infraccional es la medida socioeducativa, por la cual se busca, en la gran mayoría de los casos, el accionar del sistema de control social para normalizar al adolescente, y lo considera como un objeto de la actuación del Poder Judicial. En esta cruzada por la «salvación moral del adolescente», la justicia adopta una actitud proteccionista, en vez de establecer los límites al adolescente y considerarlo como sujeto dueño de su propio futuro en relación con otros para que asuma la responsabilidad de los actos que comete.

Morais da Rosa resalta la existencia de una necesidad de contener y contrarrestar el aumento de actos infraccionales en una estructura que genera exclusión. Además, advierte sobre las perspectivas de utilización de la práctica de la mediación para adolescentes en conflicto con la ley al existir la posibilidad del diálogo de aquel con sus familiares, con su grupo y con la víctima para poder discutir lo ocurrido, percibir las consecuencias de su conducta y asumir la responsabilidad por ella. Bajo la óptica de la Criminología crítica y de la victimología, también queda al descubierto el papel del ofendido, que no puede continuar siendo tratado como un sujeto que no forma parte del proceso, sino se le debe ofrecer un espacio de expresión. A través de la mediación, se espera que el adolescente entienda la trascendencia de su acto, que resignifique su conducta, que se preocupe con el daño causado, que pida disculpas y que intente, de alguna forma, reparar su acto dañoso.

En este mismo sentido, la profesora brasileña Lília Sales (2007) sostiene que en repetidas ocasiones, por medio del diálogo, tanto la víctima como el ofensor llegan a percibir que forman parte de una sociedad desigual, en la cual el indicador de nobleza y el patrimonio acumulado y las personas se conocen más como poseedores que como seres humanos. A partir de eso, verifican que existen causas sociales que influenciaron y definieron los actos ilícitos cometidos.

Sin embargo, respecto de la hipótesis de aplicación de la justicia restaurativa frente a la ejecución de la medida socioeducativa de privación de la libertad o de semilibertad, y en vistas de la posibilidad de abreviar su período, se presentan dificultades como la localización de las partes o, incluso, el desinterés de la víctima, y el hecho de que el proceso ya estuviera concluido por la aplicación de la sentencia.

En 2004, el Ministerio de Justicia creó el proyecto «Promoviendo Prácticas Restaurativas en el Sistema de Justicia Brasileño» a partir del cual lanzó algunos proyectos-piloto en lugares diferentes: en São Caetano y Guarulhos, Estado de São Paulo, en Salvador, Estado de Bahía, y en Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

5.6.1. Proyectos piloto en ciudades brasileñas

A continuación, explicamos algunos proyectos que produjeron consecuencias interesantes, teniendo en cuenta que fueron aplicadas en regiones distintas y que sus

resultados fueron muy satisfactorios.

5.6.1.1. Proyecto piloto de São Caetano. Justicia, Educación, Comunidad: alianza para la ciudadanía

El proyecto implementado en el Juzgado de la Infancia y la Juventud de São Caetano do Sul partió de una iniciativa del Ministerio de Justicia junto con la Secretaría de Educación del Estado de São Paulo (SEE-SP), e introdujo la Justicia restaurativa y sus prácticas en escuelas públicas a través de otro proyecto denominado «Justicia y Educación: alianza para la ciudadanía» con la finalidad de solucionar las situaciones de conflicto y violencia en el interior de las escuelas e institutos, y para contribuir a la formación de niños, jóvenes y adolescentes.

El Sindicato de Especialistas de Educación del Magisterio Oficial del Estado de São Paulo (UDEMO) realizó un estudio en 2007 que consistió en el envío de un cuestionario a 683 escuelas públicas paulistas. De acuerdo con las respuestas recibidas, en 586 (el 86%) ya había ocurrido algún episodio de violencia durante ese año contra las personas o el patrimonio. Entre los principales problemas relatados se destacan: el desacato a profesores y empleados (en 515 escuelas), la agresión física entre alumnos (en 497 escuelas), los actos de destrucción y daño en edificios y su mobiliario (en 383), pintadas y daños a vehículos (361). Aquí resulta preciso destacar que en 123 escuelas fueron detectados problemas más serios como amenazas de muerte hacia alumnos o empleados.

5.6.1.2. Proyecto Piloto de Guarulhos

La mayoría de los casos derivados a mediación tenía que ver con disputas familiares. Sin embargo, una gran parte de casos involucraba a adolescentes que cometieron actos infraccionales de bajo potencial ofensivo. Los más comunes eran: agresiones o amenaza entre vecinos, agresión o amenaza entre familiares o en la

escuela, pintadas, entre otros.

En cuanto a los casos de mediación que incluían a adolescentes autores de actos infraccionales, la propuesta del núcleo fue que se crearan espacios para que la víctima y el ofensor puedan, además de buscar un consenso, llegar a vislumbrar y comprender los derechos de cada uno, estableciendo un proceso socioeducativo del adolescente infractor en el marco y desde la perspectiva de la Justicia restaurativa.

Respecto de las mediaciones que se tramitaron, en el 85,1 % de los casos se alcanzó un acuerdo, en el 1,4 % se logró un acuerdo parcial, mientras que en el 13,6 % de los casos no fue posible arribar a un acuerdo. Específicamente, en los casos que se trataban de adolescentes en conflicto con la ley, el 93,7 % de los procedimientos terminaron en un acuerdo, y el 1,6 %, en un acuerdo parcial. Es decir que no fue posible lograr una conciliación en el 4,7 % de los casos. En cuanto a los reclamos por alimentos, el 46,7 % se cerró con acuerdo, mientras que en el 53,3 % de los casos no se logró acuerdo alguno. En las cuestiones relativas a discapacidades se alcanzó un acuerdo en el 100 % de los casos. Para los reclamos sobre el régimen de visitas, el acuerdo fue posible en el 91,3 % de los casos y el 4,3 % de las decisiones consistió en acuerdos parciales o falta de acuerdos. Se arribó a un acuerdo en el 66,7 % de los procesos de separación y en el 33,3 %, los intentos de conciliación no dieron frutos.

Al ser consultados sobre cómo se sentían en relación con la mediación como forma de solucionar conflictos, el 49,5 % de las partes indicó que estaba muy satisfecha, en tanto el 45,8 % solo satisfecha. Respecto de los resultados obtenidos con el procedimiento de mediación, el 52 % declaró que estaba muy satisfecho, mientras que el 41,6 % dijo que estaba satisfecho. El porcentaje restante, es decir, el 4,1 %, respondió de la siguiente manera: el 1,2 %, que tenía una sensación neutra y el 0,4 % se sentía poco satisfecho e insatisfecho. Solo el 0,6% no respondió.

Este proyecto piloto tuvo su inicio en 2005 en el Juzgado Especial Penal N° 2, situado en el barrio de Largo do Tanque a partir de la iniciativa de magistradas bahianas. Hasta el momento, presenta un porcentaje de resolución en el 70 % de los casos teniendo en cuenta que el 30 % de los expedientes en trámite en Juzgados Especiales son seleccionados por el Ministerio Público para su derivación al núcleo en el que se llevan a cabo las prácticas restaurativas.

Es menester destacar que el Núcleo 107 es llevado a cabo por el Sistema de Juzgados Especiales, por el Ministerio Público del Estado, por la Orden de los

Abogados de Brasil (Sección Bahía), por la Defensoría Pública y por la Secretaría de Seguridad Pública, y coordinado por el Tribunal de Justicia del Estado.

Actualmente, este proyecto atiende a las regiones urbanas con una población estimada en más de un millón doscientos mil habitantes, pues el Núcleo de Justicia restaurativa instalado en la Capital recibe las denuncias presentadas en las Comisarías Policiales con jurisdicción en Liberdade, Seccional 2ª; Bonfim, Seccional 3ª; São Caetano, Seccional 4ª; Periperi, Seccional 5ª.

5.6.1.3. La implementación de la Justicia restaurativa en Escuelas Públicas de São Paulo: estudio de sus efectos en Heliópolis y Guarulhos

El proyecto «Justicia y Educación en Heliópolis y Guarulhos: alianza para la ciudadanía» está vigente desde 2006 en las escuelas públicas y utiliza el modelo de la justicia restaurativa para el abordaje de determinados conflictos.

En 2006, Heliópolis contaba con 8 escuelas estatales, con alrededor de diez mil alumnos matriculados; 17 escuelas municipales, de las cuales 8 eran guarderías (CEI) y atendían a 400 niños y niñas, aproximadamente; 6 Escuelas Municipales de Enseñanza Infantil (EMEI) con, aproximadamente, 2612 estudiantes; y 3 Escuelas Municipales de Enseñanza Primaria (EMEF) cuya matrícula era de 3848 estudiantes para entonces (Nosso Barrio, 2010).

Las escuelas públicas de Heliópolis dependen de la Dirección de Enseñanza Centro-Sur, que abarca un total de 74 escuelas estatales. Como en cualquier comunidad con distintas dificultades para obtener recursos, la demanda de los servicios públicos es superior a la oferta, especialmente en las áreas de Salud, Educación y Seguridad. Los datos revelan que de cada diez adolescentes de Heliópolis, cuatro no asisten a la escuela (O Globo, 2010). No obstante, esta región cuenta con el apoyo de la Unión de Núcleos, Asociaciones y Sociedades de los Moradores de Heliópolis y São João Clímaco (UNAS). Esta agrupación, en sus inicios, se ocupaba solo de las reivindicaciones de posesión de áreas ocupadas. A partir de alianzas de iniciativa privada, posteriormente pudo ampliar su área de acción y desarrollar así proyectos de orden educativo, tecnológico, cultural, deportivo, y también en las áreas de salud, vivienda, generación fuentes de ingresos y

asistencia social. A partir de lo antes mencionado, surgieron los primeros Núcleos Socioeducativos, programas de mediación de conflictos y apoyo a jóvenes infractores.

Es preciso destacar que el municipio de Guarulhos fue elegido porque, desde 2003, los Juzgados de la Infancia y la Juventud de esa jurisdicción han promovido prácticas restaurativas. Además coincidieron los problemas sociales que la ciudad atravesaba con una reestructuración de procedimientos de los canales de atención social para volverlas más eficientes. El crecimiento de la población ocasionado por las actividades comerciales en la zona generó un espacio urbano desordenado. Y, según datos oficiales provistos por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) del año 2010 y del Municipio de Guarulhos en 2008, su población en 2007 era de 1236192 habitantes concentrados en un área de 318 km², de los cuales, 457391 eran niños y adolescentes (de 0 a 18 años) y un total de 25.597 se encontraban matriculados en escuelas públicas.

En 2003 fue puesto en marcha el «Proyecto de Mediación del Juzgado de la Infancia y la Juventud de Guarulhos: Alianza con las Facultades Integradas de Guarulhos», formado por un grupo de 20 mediadores capacitados provenientes de la esfera del Derecho, de la Psicología, de la Asistencia Social y de la Pedagogía. El proyecto de mediación se orienta a los actos infraccionales leves mediante la aplicación de prácticas restaurativas y la provisión de un canal de comunicación entre la víctima y el ofensor.

5.6.1.4. Proyecto piloto en Porto Alegre: Justicia para el Siglo XXI

Los primeros pasos de la Justicia restaurativa en Porto Alegre se dieron en 2002 con la iniciativa «Caso Zero» en el Juzgado N° 3 de la Infancia y la Juventud de Porto Alegre para atender infracciones cometidas por niños y adolescentes.

Otro hito tuvo lugar en 2004, cuando en el Núcleo de Estudios de Justicia restaurativa en la Escuela Superior de la Magistratura de la Asociación de los Jueces de Rio Grandedo Sul (AJURIS) se resolvió realizar un encuentro periódico sobre Justicia Restaurativa que incluyera a abogados, juristas, trabajadores sociales,

psicólogos y autoridades gubernamentales.

El actual Proyecto Justicia para el siglo XXI, a través del legislador Armínio José Abreu Lima da Rosa, presidente de la Secretaría del Consejo de la Magistratura, tomó forma a mediados de 2010 y fue reglamentado por medio de la Resolución N° 822/10 – Consejo de la Magistratura (COMAG), y estableció las condiciones de aplicación de la Justicia restaurativa ante el Juzgado de la Infancia y la Juventud del Distrito Judicial Porto Alegre.

La actividad desarrollada por la Central de Prácticas Restaurativas es monitoreada por la Dirección General de Justicia, mediante el envío bimestral de informes con el detalle de la cantidad de los casos atendidos, la clase de los actos infraccionales tramitados, el número de acuerdos obtenidos, el número de acuerdos cumplidos, el grado de satisfacción de las partes y, finalmente, la cantidad de nuevos delitos cometidos por los involucrados.

5.6.1.5. NECRIM – São Paulo

Como hemos mencionado, NECRIM refiere a los Núcleos Especiales Criminales. Estos forman parte de la Policía Civil del Estado de São Paulo y se especializan en la resolución conflictos considerados «pequeños».

Estos núcleos fueron instalados en paralelo al funcionamiento de las comisarías con la finalidad de alcanzar una resolución rápida y eficaz de los conflictos penales que estuvieran vinculados con los juzgados especiales, pues las autoridades entendieron que mediante la conciliación pueden resolverse muchos conflictos.

La primera experiencia de los núcleos NECRIM tuvo lugar en 2003 en Ribeirão Corrente, Ribeirão Preto, por iniciativa del Comisario Policial Dr. Clovis Rodrigues da Costa. Posteriormente, se afianzó en la región de Bauru y Lins (São Paulo) a partir de 2009.

Teniendo en cuenta los resultados positivos ejemplares obtenidos, las policías de otros Estados han visitado con interés estos núcleos paulistas con miras a implementar el exitoso proyecto en sus comisarías.

En los procedimientos llevados a cabo en los núcleos NECRIM, la mediación

es realizada por el Comisario, quien asume el papel de presidir y orientar las audiencias conciliadoras al formalizar un instrumento denominado *Acta de Composición Preliminar*, documento que debe estar presentado junto con la denuncia policial.

En este programa, la mediación tramitada está condicionada a la apreciación de los magistrados que podrán o no homologarlas luego de que el Representante de Ministerio Público emita su opinión.

5.7. Resolución 2002/ 12 de la ONU

Al ocuparse de los Principios Básicos para la utilización de Programas de Justicia restaurativa en Materia Penal, la Resolución sostiene que hay que tener presente que en el mundo entero ha habido un significativo aumento de las iniciativas en materia de justicia retributiva, y que hay que reconocer que esas iniciativas a menudo se basan en formas de justicia tradicionales e «indígenas» en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona. A su vez, la Resolución revela que hay que recalcar que la justicia retributiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, que favorece el entendimiento y que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, de los delincuentes y de las comunidades. Además, hay que destacar que este enfoque permite a los afectados por un delito compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias y que tiene por objeto atender sus necesidades. Por último, resulta importante destacar que la justicia retributiva da origen a una serie de medidas que son flexibles en su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes y que los complementan en las distintas circunstancias jurídicas, sociales y culturales, y que el uso de la justicia retributiva no menoscaba el derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes.

6. CONCLUSIONES

La justicia restaurativa, aún incipiente en Brasil, representa un nuevo modelo de justicia penal por lo cual se busca la «conciliación y la reconciliación entre las partes», la «resolución del conflicto», la «reconstrucción de los lazos rotos por el delito», la «prevención de la reincidencia» y la «responsabilización». Evidentemente, este modelo, que comprende un concepto abierto, tiene múltiples objetivos y, por medio de la resolución del conflicto entre las partes, se pueden prevenir varios delitos o la reinscripción en el delito de algunos infractores.

Según la abogada y autora María Elizabeth Queijo (2009), la implementación de la justicia restaurativa no necesariamente excluye la punición, la cual puede ocurrir dentro de los términos legales y siempre con observancia de las garantías inherentes al debido proceso legal. No obstante, el procedimiento restaurativo no se identifica con la producción del proceso penal, con el debate sobre la autoría del hecho y la consecuente culpabilidad de la parte infractora. En contraste, si bien es cierto que, en alguna medida, presupone la admisión del hecho, lo hace sin provocar una discusión que lo conduzca a los procedimientos tradicionales de las causas judiciales. Más bien, este consiste en una forma innovadora de solucionar conflictos penales que brinda a las partes involucradas el pleno acceso a la Justicia.

El derecho penal mínimo muchas veces es olvidado por la sociedad frente al derecho penal máximo, el cual, generalmente, no provee otras soluciones para la delincuencia creciente más que castigos severos. Es decir, opta por una respuesta rápida e ineficaz que solamente constituye una teatralización de la seguridad.

En efecto, el derecho penal máximo no logra la reducción de la delincuencia y la aplicación de la norma se muestra cada vez más banalizada, y así su función de prevención cae cada vez más en el descrédito general al incluir cada vez más tipos penales y penas por demás severas. Esto nos permite ver que, en muchas ocasiones, la justicia restaurativa es más adecuada que la justicia tradicional, porque la pena de prisión aplicada a los delitos considerados menos graves resulta innecesaria e ineficaz. En principio, porque no previene infracciones, en algunas ocasiones los acusados vuelven a cometerlas, y la reinscripción de los individuos en la sociedad casi

nunca se efectiviza.

En este contexto, la justicia restaurativa se presenta con más relevancia, a partir de la constatación de que lo único que genera la aplicación de penas más severas es un aumento de la población carcelaria en lugar de la disminución de la delincuencia. Así, la pena privativa de libertad, en la práctica, se traduce el incremento de índices de reincidencia, en costos altísimos para el Estado, en el detrimento de la dignidad de la persona humana en la cárcel, efectos sociológicos y psicológicos nefastos y una delincuencia ascendente.

Así, priorizar prácticas restaurativas en el seno del sistema punitivo es reconocer que la percepción de la necesidad de nuevas estrategias es acertada, que la no correspondencia entre el delito y el castigo es evidente y que la sanción física a través de la privación de la libertad como respuesta estatal genérica a las conductas tipificadas es ineficaz.

Este escenario de múltiples factores lleva a que los legisladores y operadores del derecho busquen alternativas al sistema penitenciario, entre ellas, la que expone y explicita este trabajo: la justicia restaurativa.

Para finalizar, entendemos que la justicia restaurativa es una alternativa viable y efectiva que debe ser más difundida y aplicada teniendo en cuenta las características de cada sociedad, y de cada caso particular. La evidencia de los resultados de su implementación debe ser realizada, incluso, mediante datos empíricos para que se logre instaurar como opción sustancialmente válida para la reducción de los índices de la delincuencia y de los índices de reincidencia.

7. REFERENCIAS

7.1. Bibliografía consultada

- Abay, A. (2001). *Mediación: una alternativa para la solución de conflictos*. México: Universidad de Sonora.
- Aguiar, C. (2009). *Mediação e justiça restaurativa*. São Paulo: Quartier Latin.
- Alvarez, G. (2003). *La Mediación y el acceso a la Justicia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Alvarez, G.; Amidolare, A.; D'Alessio, D. (2011). «Calidad en Mediación». En Brandoni, F. (Comp.). *Hacia una mediación de calidad* (pp. 237-260). Buenos Aires: Paidós.
- Alves da Cunha Bueno, T. (2007). *Condições Objetivas de Punibilidade na Lei de Falências N.º 11.101, 9 de fevereiro de 2005 (Tesis de Doctorado)*. Pontificia Universidad Católica, São Paulo.
- Alves, J. (2014). *O princípio da intervenção mínima como vetor para a descriminalização no direito penal brasileiro (Tesis de Doctorado)*. Pontificia Universidad Católica, São Paulo.
- Andrade, V. (2006). «Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão». En *Sequencia. Estudos Jurídicos y Políticos*, N° 52, pp. 163-182. Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- Ariès, P. (1981). *História social da criança e da família* (trad. Dora Facksman), (2da ed.). Rio de Janeiro: LTC.
- Bandeira de Mello, C. (2013). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- Barroso, L. (2009). *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* (7ma ed.). São Paulo: Saraiva.

- Batista, N. (2007). *Crítica ao direito Penal Brasileiro* (11ma ed.). Rio de Janeiro: Revan.
- Bechara, F. (2013). Breves notas sobre la mediación de conflictos. En Blazek, L. y Marzagão JR, L. (org.). *Mediação: Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos Criminais* (pp. 45-51). São Paulo: Quartier Latin.
- Bianchini, A. (2006). *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Bitencourt, C. (2006). *Tratado de direito penal: parte general* (Vol. 1), (10ma ed.). São Paulo: Saraiva.
- Bitencourt, C. (2011). *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas* (4ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Bittencourt, I. (2013). *Justiça restaurativa: Um toque de Humanidade no Direito Penal* (Tesis de Doctorado). Pontifícia Universidad Católica, São Paulo.
- Bobbio, N. (2006). Prefacio a la 1ra Edición italiana. En Ferrajoli, L. (Ed.). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Bonesana, C. (Marchesi di Beccaria). (2005). *Dos Delitos e Das Penas* (trad. Lucia Guidicini y Alessandro Bertí Contessa; rev. Roberto Leal Ferreira). (3a ed.). São Paulo: Martins Fontes.
- Boschi, J. (2014). *Das penas e seus critérios de aplicação* (7ma ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford.
- Brasil. Ministério da Justiça. Gabinete de Política Legislativa e Planeamento - Administração Extrajudicial. (2004). «Algumas notas sobre justiça restaurativa: perspectiva comparada». Recuperado de https://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-vitima-agressor/downloadFile/attachedFile_1_f0/perspectiva_comparada_25-06-2004.pdf?nocache=1170956404.66

Brasil. Presidência da República - Secretaria Especial dos Direitos Humanos. (2006). *Levantamento estatístico de adolescentes em conflito com a lei*. Brasília, DF: CONANDA. Recuperado de www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda

Bruno, A. (1967). *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense.

Calmon, P. (2007). *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense.

Canotilho, J. (2003). *Direito Constitucional (7ma ed.)*. Coimbra, Portugal: Almedina.

Carrara, F. (1956). *Programa de direito criminal: parte geral (Vol. 1)*, (trad. José Luiz V. de A. Franceschini y J. R. Prestes Barra). São Paulo: Saraiva.

Carvalho, M. (1992). *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris.

Conde, F. (1988). *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

Congresso Mundial de Mediação, III. Valparaíso, Chile. 22 a 27 de outubro, 2007. Recuperado de <http://www.congresodemediacion.uson.mx/mundial/>

Conselho Da Europa - Comité de Ministros - Recomendação Nº R (99) 19 do Comité de Ministros aos Estados -Membros relativa à mediação em matéria penal - Aprovada pelo Comité de Ministros em 15 de setembro de 1999 na 679a reunião dos Delegados dos Ministros. Recuperado de <http://www.mediadoresdeconflitos.pt/>

Conselho Nacional Das Instituições De Mediação E Arbitragem (CONIMA). Código de Ética para Mediadores». Recuperado de http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html

Constitución de la República Federativa del Brasil (1988, 5 de octubre). São Paulo: Atlas, 2005.

Costa Júnior, P. (2000). *Direito penal: curso completo (8va ed.)*. São Paulo: Saraiva.

- Costa Júnior, P. (2011). *Curso de Direito Penal* (12ma ed.). São Paulo: Saraiva 2011.
- Creswell, J. (2007). *Qualitative inquiry and research design. Choosing among five approaches* (2ª ed.). Thousand Oaks: Sage.
- Christie, N. (1993). *La industria del control del delito* (trad. Sara Costa). Buenos Aires: Editores del puerto S.R.L
- Da Costa, A.; Mendez, E. (1994). *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros.
- Delmanto, C. (2007). *Código Penal comentado* (7ma ed.). Rio de Janeiro: Renovar.
- Del Val, T. (2009). *La mediación en materia penal*. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- Desimoni, L. (1999). *El derecho a la Dignidad Humana*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Dias, J.; Andrade da Costa, M. (2013). *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dotti, R. (2003). *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense.
- Duek Marques, O. (2000). *Fundamentos da Pena*. SP: RG editores.
- Duizend, R. (2003). «O sistema judiciário dos EUA: longa tradição, novos rumos». Recuperado de: <http://usinfo.state.gov>
- Estatuto da Criança e do Adolescente. Ley N° 8069, 1990.
- Feitoza, D. (2009). *Direito Processual Penal – teórica, crítica e práxis* (6ta ed.). Niterói: Impetus.
- Ferrajoli, L. (2014). *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal* (4ta ed.). São Paulo: RT.
- Ferri, E. (2006). *Sociologia criminal*. São Paulo: Minneli.
- Focault, M. (2010). *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (trad. Raquel Ramalhete), 38ma ed.). Rio de Janeiro: Vozes.

- Garcia, B. (1945). «Medidas de segurança». *Revista da Faculdade de Direito (Vol. 40)*. Universidad de São Paulo, São Paulo.
- Garófalo, R. (1983). *Criminologia. Estudo sobre o delito e a repressão penal* (trad. Júlio Matos). São Paulo: Teixeira & Irmãos.
- Godwin, W. (1945). *Investigación acerca de La justicia política y su influencia en la virtud y la dicha general*. Buenos Aires: Americaa..
- Gomez Gonzalez, O. (2005). «La mediación reparadora y algunos comportamientos delictivos en la legislación española». *Revista de Derecho Penal Contemporáneo, N°13*, Colombia.
- Gomes, L.; Molina, A. (2007). *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Gordillo Santana, L. (2007). *La justicia restaurativa y la mediación penal* (1ra ed.). España: Iustel.
- Goulart, J.; Oliveira e Silva, F. (2002). *Pena e Justiça Reparatória*. São Paulo: TACRIM.
- Greco, R. (2006). *Curso de direito penal - parte geral (Vol. 1), (6ta ed.)*. Rio de Janeiro: Impetus.
- Hassemer, W. (2003). «Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal». *Revista de Derecho Penal, N° 2*.
- Hegel, F. (1997). *Princípios da filosofia do direito* (trad. Orlando Vitorino). São Paulo: Martins Fontes.
- Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ta ed.). México D.F.: McGraw-Hill
- Instituto Brasileiro De Justiça Restaurativa. (2006). *Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa. Relatório Final*. Recuperado de: <http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/>

- Jaccoud, M. (2005). «Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa». En Slakmon, C. et al. (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD.
- Junqueira, G. (2009). *Liberdade, culpabilidade e individualização da pena* (Tesis de Doctorado). Pontificia Universidad Católica, São Paulo.
- Junqueira, G.; Fuller, P. (2010). *Legislação Penal Especial* (Vol. 1), (6ta ed.). São Paulo: Saraiva.
- Konzen, A. (2007). *Justiça restaurativa e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- _____. (2005). *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Larrauri, E. (2004). «Tendencias actuales de la justicia restauradora». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N° 51.
- Leal, C. (1998). *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Leal, J. (1998). *Direito penal geral*. São Paulo: Atlas, 1998.
- Lima, M. (2002). «Art. 101». En Da Costa A., et al. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros.
- Lombroso, C. (2007). *O homem delinqüente* (trad. Sebastião José Roque). São Paulo: Ícone (Col. Fundamentos do Direito).
- Lyra, R. (1975). *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino.
- Machado, F.; De Oliveira, D. (2011). *O princípio da proporcionalidade no direito penal: controle de legitimação e limitação da intervenção estatal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Marçura, J. (2002). «Art. 103». En Da Costa, A., et al. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros.
- Marlet, J. M. (1995). *Criminologia* (Vol. 1). São Paulo: Dr. CN Cobra Police Academy

- Melo, E. (2005). «Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva». En Slakmon, C.; De Vitto, R.; Pinto, R.; Gomes, L. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Recuperado de www.pnud.org.br/
- Mendez, E. (1994). «A doutrina de proteção integral da infância das Nações Unidas». En Mendez, E.; Da Costa, A. (Org.). *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros.
- _____. (1994). «História da criança como história de seu controle». En Mendez, E.; Da Costa, A. (Org.). *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros.
- Mirabete, J. (1999). *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas.
- Molina, A.; Gomes, L. (2011). *Criminologia*. (7ma ed.). São Paulo: RT.
- Moresi, E. (2003). *Metodologia da pesquisa*. Brasília: UCB.
- Morris, A. (2005). «Críticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. En Slakmon, C.; De Vitto, R.; Pinto, R.; Gomes, L. (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Recuperado de www.pnud.org.br/
- Neuman, E. (1997). *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- _____. (2005). *Mediación Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Nobrega, I. (2014). «Enfoque de etiquetado: la teoría del etiquetado social». En Investidura. Portal Jurídico. Recuperado de <http://www.investidura.com.br/sobre-investidura/3368>
- Noronha, E. (1997). *Direito penal*. São Paulo: Saraiva.
- Nucci, G. (2006). *Manual de direito penal: parte geral/parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Nucci, G. (2010). *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* (5ta ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Nucci, G. (2012). *Princípios constitucionais penais e processuais penais* (2da ed.). São Paulo: RT.
- _____. (2014). *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: RT.
- _____. (2014). *Individualização da Pena* (6ta ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- _____. (2014). *Manual de Direito Penal* (10ma ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- _____. (2014). *Código Penal comentado* (14ta ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Pallamolla, R. (2009). *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM.
- Pedroso, J.; Trincão, C.; Dias, J. (2001). *Percursos da informalização e da desjudicialização. Por caminhos da reforma da administração da justiça* (análise comparada). Observatório Permanente da Justiça Portuguesa del Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Recuperado de <http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>
- Perangeli, J. (2004). *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica* (2da ed.). São Paulo: RT.
- Pereyra Nery, D. (2011). *A Justiça Restaurativa como alternativa de controle social sob a ótica do direito penal do cidadão* (Tesis de Doctorado). Pontificia Universidad Católica, São Paulo.
- Pfhol, S.; Mendes, E. (1994). «História da criança como história de seu controle». En Mendez, E. y Da Costa, A. et al. (Org.). *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros.

- Pinto, R. (2006). «A Construção da justiça restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de justiça criminal». En *Justicia restaurativa En Línea*. Recuperado de www.justiciarestaurativa.org/news/renatoarticle/
- _____. (2005). «Justiça restaurativa é possível no Brasil?». En Slakmon, C.; De Vitto, R.; Pinto, R.; Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Recuperado de www.pnud.org.br/
- _____. (2004). *Justiça restaurativa – o paradigma do encontro*. Recuperado de http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_356.pdf
- Piovesan, F. (2007). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva.
- Prado, L. (2006). *Curso de direito penal brasileiro: parte geral (Vol.1)*, (6ta ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Prado, L. (2011). *Curso de Direito Penal Brasileiro (10ma ed.)*. São Paulo: RT.
- Prado, G. (2007). Prefácio. En Sica, L. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- Queijo, M. (2013). En Blazek, L. y Marzagão JR, L. (org.). *Mediação: Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos Criminais*. São Paulo: Quartier Latin.
- Rangel, P. (2009). *Direito Processual Penal (16ta ed.)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- Reale, M. (1986). *Filosofia do direito (11ma ed.)*. São Paulo: Saraiva.
- Resolución 12/2002 de la Asamblea General (trad. Renato Sócrates Gomes Pinto).
Recuperado de http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/resolucaodaonu2002_12.pdf
- Rolim, M. (2009). *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI (2da ed.)*. São Paulo: Saraiva.

- Rosa, A. (2007). *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- _____. (s/f). «Mediación y protección Integral del adolescente em conflicto com la ley». Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa. Recuperado de <http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/>
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Diego Manuel Luzon Pena). Madrid: Réus.
- _____. (1997). *Derecho penal. Parte general* (trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.
- Sales, L. (2003). *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey.
- _____. (2007). *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial.
- Saliba, M. (2009). *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá.
- Saltillo, C. (2007). Congreso Nacional de Mediación, VII. México. 19 a 24 de noviembre. Recuperado de <http://www.congresodemediacion.uson.mx/nacional/conclusion.pdf>.
- Sampedro Arrubia, J. (2005). «Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa». En Santa Casa De Misericórdia Da Bahia. Recuperado de <http://www.santacasaba.org.br/curiosidades.php>
- Santa Catarina. Tribunal de Justiça. (2004). «Mediação chega à Escola para reduzir violência estudantil». Recuperado de <http://www.direito2.com.br/tjsc/2004/ago/26/>
- Santana, S. (2010). *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Santos, B. (2006). *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez.
- Santos, H. (1995). *Crianças esquecidas*. São Paulo: Pontes.

- Santos, J. C. (2005). *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. En XIX Conferência Nacional dos Advogados: República, Poder e Cidadania, Florianópolis.
- Saraiva, J. (2002). *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio de direito (penal) juvenil*. Brasília: Universidade de Brasília.
- Sarlet, I. (2007). *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988* (5ta ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Shecaira, S. (1993). *Prestação de Serviços à Comunidade: Alternativa à Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Saraiva.
- _____. (2014). *Criminologia* (6ta ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Sica, L. (2002). *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. (2007). *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Silva, J. (2014). *Curso de direito constitucional positivo* (37ma ed.). São Paulo: Malheiros.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *Aproximação ao direito penal contemporâneo* (trad. Roberto Barbosa Alves). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais* (trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha), (2da ed.). São Paulo: RT.
- Sotto Maior, O. (2002). «Art. 112». En Da Costa A., et al. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros.
- Sposato, K. (2006). *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Sullivan, D.; Tiff, L. (2006). *Handbook of Restorative Justice. The foundations of restorative*

Justice. Section II. New York: Routledge.

Sykes, G. (1969). *Crime e sociedade* (trad. Walter Pinto). Rio de Janeiro: Bloch.

Tavares, J. (1992). «Critérios de seleção de crimes e cominação de penas».

Revista Brasileira de Ciências Criminais Vol. 1, São Paulo.

Teles, N. (2006). *Direito penal: parte geral* (Vol. 1), (2da ed.). São Paulo: Atlas

Tourinho Filho, F. (1990). *Processo Penal* (12ma ed.). São Paulo: Saraiva, 1990.

Trebolle, M.^a. E. (2011). *Mediación prevencional*. Buenos Aires. Ed. República.

Ury, W. (2000). *Alcanzar la Paz*. Buenos Aires Ed. Paidós.

Vasconcelos, C. (2008). *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método-

Vezzulla, J. C. (2004). *A mediação de conflitos com adolescentes autores de atos infracionais* (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Santa Catarina
Recuperado de www.tede.ufsc.br/teses/PGSS0016.pdf

_____. (2006). Entrevista. En *Gazeta das Caldas*. Recuperado de
<http://www.gazetacaldas.com/Printer.asp?NID=13743>

Volpi, M. (2001). *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez.

_____. (2008). *Adolescentes privados de liberdade: A normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal* (4ta ed.). São Paulo: Cortez.

_____. (2008). *O adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Cortez.

Warat, L. (2001). *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus.

Winnicott, D. (2005). *Privação e delinquência*. São Paulo: Martins Fontes.

Winkelmann, A.; García, F. (2012). «*Justiça Restaurativa. Principais fundamentos e críticas*». *En Jus Navigandi - Tudo de Direito e Justiça*. Recuperado de <http://jus.com.br/artigos/20775>

Zaffaroni, E. (1991). *Em Busca das Penas Perdidas* (trad. Vânia Romano Pedrosa y Almir Lopes da Conceição). Rio de Janeiro: Revan.

Zaffaroni, E.; Pierangeli, J. (2004). *Manual de direito penal brasileiro* (5ta ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Zehr, H. (2008). *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justice* (trad. Tônia Van Acker). São Paulo: Palas Athena.