



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Manual Auto Instructivo
**CURSO “AMBITOS DE INTERVENCION Y EXPERIENCIAS
DE APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA”**

Elaborado por:
Dr. Christian Hernández Alarcón

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano – Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas – Consejero

Dr. Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos – Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña - Consejero

Dr. Ernesto Lechuga Pino - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso “AMBITOS DE INTERVENCION Y EXPERIENCIAS DE APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA” ha sido elaborado por el Dr. Christian Hernández Alarcón para la Academia de la Magistratura, en agosto del 2013.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SÍLABO

NOMBRE DEL CURSO: “ÁMBITOS DE INTERVENCIÓN Y EXPERIENCIAS DE APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Subdirección de Programa de Actualización y Perfeccionamiento - PAP
Horas lectivas	:	74 horas
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Christian Hernández Alarcón

II. PRESENTACIÓN

Este curso pretende servir de insumo para la puesta en práctica de la Justicia Restaurativa en los despachos fiscales y judiciales del área de Familia. Por ello aborda entre tres unidades, los aspectos centrales de la Justicia Juvenil Restaurativa, así como el modo en que podría hacerse efectiva tanto en los despachos fiscales, como judiciales.

En la primera unidad, abordaremos las razones del surgimiento de la Justicia Restaurativa como una práctica jurídica que humaniza el Derecho Penal, comenzando por las razones de su surgimiento frente al fracaso de la intervención puramente represiva y únicamente rehabilitadora, las corrientes que la impulsaron, sus antecedentes históricos, sus fines y principios, así como las ventajas comparativas frente a las formas tradicionales de hacer justicia.

En la segunda unidad y tercera unidad, abordaremos los elementos necesarios para su puesta en práctica mediante el análisis de las posibilidades que tienen para su aplicación las propias normas jurídicas del Código de los Niños y Adolescentes tanto en los despachos fiscales como judiciales.

Cada unidad, está dividida en 4 lecciones, las cuales tienen el mismo formato, empiezan con un caso, el cual sirve para el planteamiento de ciertas interrogantes las cuales son abordadas en su desarrollo, para culminar con una conclusión y un trabajo de aplicación que pretende servir de herramienta auto instructiva, así como una lectura de profundización. Finalmente, en cada unidad

se presentan tres casos para el análisis personal y discusión posterior en las sesiones presenciales, los cuales son adjuntados en documento anexo, ingresado físicamente a la Mesa de Partes de la Academia de la Magistratura.

Como quiera que el curso tiene, prevista la utilización de herramientas de elearning se prevé la utilización de 3 foros, así como de 3 sesiones de Chat, las cuales se desarrollaran en las fechas propuestas el calendario que oportunamente se pondrá disposición de los participantes en la Plataforma Virtual.

III. OBJETIVOS

Para el presente curso se han formulado los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL:

Dar a conocer la experiencia de la Justicia Restaurativa y las prácticas aplicadas en la Justicia Penal Juvenil, con la finalidad de que el participante se encuentre en condiciones de usar adecuadamente las herramientas que la legislación prevé en el abordaje de casos desde una perspectiva restaurativa, siendo posible incluso trasladar estas experiencia a distintos ámbitos de intervención penal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

El Magistrado al concluir el curso deberá:

- Comparar las características centrales de los modelos tutelar y retributivo, y contrasta su impacto con el de las prácticas restaurativas, conectándolas con el paradigma de la protección integral insertas en nuestra legislación nacional y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Analizar las distintas posibilidades de inserción de prácticas restaurativas en el quehacer fiscal, reconociendo los presupuestos necesarios para su implementación y discute el modo en el que se implementan en la actualidad, planteando propuestas de solución que la hagan viable sin necesidad de reformas legislativas.
- Analizar las distintas posibilidades de inserción de prácticas restaurativas en el quehacer judicial, reconociendo los presupuestos necesarios para su implementación y discute el modo en el que se implementan en la actualidad,

planteando propuestas de solución que la hagan viable sin necesidad de reformas legislativas.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDADES	LECCIONES CONTENIDO CONCEPTUAL	CONTENIDO PROCEDIMENTAL	CONTENIDO ACTUDINAL
UNIDAD 01: NUESTRA OPCIÓN POR LA JUSTICIA RESTAURATIVA	1 Los Problemas del Modelo Tutelar 2 El Retribucionismo y el Neo retribucionismo 3 Los Modelos de Justicia Penal Juvenil diseñados en la legislación Peruana 4¿Por qué una Justicia Restaurativa?	Valora los modos de hacer justicia dentro del retribucionismo y el modelo terapéutico. Asimismo efectúa una comparación con la Justicia Restaurativa. Comprende los fundamentos, objetivos y elementos centrales que tiene la Justicia Restaurativa	El magistrado asume la Justicia Restaurativa como una forma de ejercicio profesional. El magistrado reconoce que existen aspectos claves para que la Justicia Restaurativa sin los cuales la Justicia Restaurativa no se puede implementar.4E
UNIDAD 02: EL USO DE HERRAMIENTAS RESTAURATIVAS EN SEDE FISCAL	1 La importancia de la Gestión de las denuncias en la Justicia Penal Juvenil 2 La decisión temprana dentro del principio de legalidad y usando salidas alternativas 3 La Remisión en sede Fiscal como salida alternativa. 4El archivo por perdón del agraviado.	Utilizar la Remisión como oportunidad educativa y de promoción del adolescente en conflicto con la Ley penal y no como mecanismo de descarga procesal.	
UNIDAD 03: LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA	1 La Remisión Judicial como parte de la Justicia Restaurativa 2 Presupuestos para la	Reflexionar con autocrítica sobre el papel que desempeña como juez un función	

JUSTICIA RESTAURATIVA	concesión de la Remisión	de la utilización de la Remisión como	
	3 La prestación de servicios a la comunidad como medida aplicada con la Remisión	herramienta de la Justicia Restaurativa, Valorar el papel de los equipos multidisciplinario en el diagnóstico para la toma de decisiones como en el acompañamiento de las medidas aplicadas.	
	4 La Ejecución de las decisiones Judiciales dentro del Modelo de Justicia Restaurativa		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Autoinstructivo preparado por el docente.
- Lecturas recomendadas.
- Casos prácticos.

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del curso es activa y participativa, centrada en el participante, quien a través del análisis exhaustivo del material de estudio, el intercambio con sus compañeros, el tutor experto y el desarrollo de las actividades especialmente diseñadas logrará los objetivos previstos en el curso.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y comunicación en red chat.

El Aula Virtual de la Academia de la Magistratura es el medio más importante que se utilizará a lo largo del desarrollo del curso. A través de ella, tendrá acceso a los diferentes materiales del curso y podrá comunicarse con sus compañeros y con el profesor que lo acompañará durante el proceso.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas, así como para la orientación de las habilidades de estudio en la modalidad virtual.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el Curso.

A través de la Subdirección de Programas Académicos se le comunicara cada componente evaluativo, oportunamente.

IX. BIBLIOGRAFÍA

EN LA UNIDAD 01:

- ALVAREZ ATILIO, ¿Neoretribucionismo o Justicia Juvenil restaurativa? En Justicia para crecer N° 1, p 19.
- BAÑOL BETANCUR, Alejandro “Justicia Restaurativa, una dinámica social” Librería Jurídica Sánchez, Primera Edición, Medellín, 2006.
- BINDER, Alberto “Iniciación el Proceso Penal Acusatorio” Campomares, Buenos Aires, 2000.
- CALATAYUD, Emilio y MORAN, Carlos “Mis sentencias ejemplares”, Editorial la esfera de los libros, Madrid, Segunda Edición Octubre del 2008.
- CARRANZA Elías y MAXERA Rita, “El Control Social sobre niños, niñas y adolescentes en América latina” en La Niñez y La Adolescencia en conflicto con la Ley Penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil, Un derecho para la Libertad y Responsabilidad PNUD, El Salvador, 1995.
- CERETTI, Adolfo “Mediación Penal y Justicia. En-contrar una norma” en PEDRO R. DAVID (coordinador) “Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- CHRISTIE, Nilss “Los Conflictos como pertenencia” en De los delitos y de las víctimas. Editorial Ad Hoc, SRL Buenos Aires, 1992, p 162.
- Defensoría del Pueblo, publicó el Informe N° 51, año 2000
- GARCIA MENDEZ, Emilio “Infancia de los Derechos y de la Justicia” Editores el Puerto, Buenos Aires, 2004

- GARCIA MENDEZ, Emilio "Infancia y Derechos Humanos" Estudios Basicos de Derechos Humanos II Primera Edición 1995, San José de Costa Rica
- GRANDJEAN, Annie y CAPPELAERE, Geert "Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades" UNICEF, Comité Español, Madrid, 2000.
- HALL, Ana Paola " Los Derechos del Niño y su responsabilidad penal: las dos caras de la moneda" en Justicia Penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 6, N° 8, abril de 1998.
- HERRERO HERERO, César "Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico", Dykinson, Madrid, 2005.
- HUMAN RIGHTS WATCH y AMNISTIS INTERNACIONAL en Justicia para crecer, N° 1, Diciembre del 2005, Enero del 2006, p 24-25.
- KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida " Justicis Restaurativa,, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.
- KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida "Justicia Restaurativa" Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- LIEBMAN, María en "Restorative Justice, How it works", Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 26-27
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis "Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 2007, p 24
- ONU- Consejo Económico Social, periodo de sesiones del 1° al 26 de julio del 2002.
- SALAZAR, Olga "Colaborando con la Justicia en Libertad", Justicia para crecer, N° 4 Octubre-Diciembre 2006, p 18.
- SANZ HERMIDA, Agata, "Víctimas de delitos: Derechos, Protección y Asistencia" lustel, Primera Edición, Madrid, 2009.
- TERRE DES HOMMES, Asociación Encuentros Casa de la Juventud, Estudio y análisis sobre costo/beneficio económico y social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú.
- VASQUEZ BERMEJO, Oscar "¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa", en Justicia para Crecer, Diciembre 2005, p 16-17.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Derecho Penal, Parte General" Grijley, Lima, 2007.
- WINTER, Renate "Recuperar o Marcar" en Justicia para crecer N° 2 p 13-15
- ZAFARONI, Raúl Eugenio en Infancia y Poder Punitivo, en Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF, Buenos Aires, 2003.
- BELOFF, Mary , "Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano" Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p 28.

PARA LA UNIDAD 02

- ALVAREZ Atilio “La Remisión, del Pacto de San José de Costa Rica a la Convención sobre los Derechos del Niño” en Justicia para Crecer, N° 2 p 6-10.
- AZABACHE, César en “ Sobre el auto de inicio de instrucción” en Revista Peruana de Derecho Procesal, Número III, Lima abril de 1999, p 311-322
- COUSO, Jaime en “Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho Penal y Procesal Penal de adolescentes, el caso de la Ley Chilena” publicado en Justicia y Derechos del Niño N° 10 UDP-UNICEF Santiago de Chile, 2008, p 107
- CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Reglas de Beinjin y Directrices de Ryad.
- DORIS SCHMOLLGRUBER Y MICHAEL KÖNIGSHOFER. Mediación experiencia Exitosa, sobre mediación, víctima –infractor en Austria en Justicia para Crecer Nª 3, p 15
- DUCE. Mauricio “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal” en El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales, Editorial Palestra, Lima, 2005 p 119.
- GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio en “Derecho Penal, Introducción”, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid , 2000, p 5
- LANDA ARROYO, César, en “El Control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray” en Ius Et Veritas, Año VI, N 11, Lima, PUCP, 1995 p 176-179
- Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2008.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel en “Curso de Derecho Penal” Parte General, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p 83.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal”, Editorial Comares, Granada 2007,
- Ministerio Público, Propuesta del Ministerio Público del Ministerio Público para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, Ministerio Público, Lima 2005, p 55.
- MUÑOZ CONDE, Francisco en Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, p 91 y 92,
- RODRIGUEZ DELGADO Julio, “La Reparación Civil como sanción Jurídico Penal” Editorial San Marcos Lima, 1999.
- SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición, Lima, 2003.
- SOLARI ESCOBEDO, Azucena “La Remisión Fiscal, el caso de Lima en la Revista Justicia para crecer N°2, Abril Junio 2006, p 20-21

- ZERMATTEN Jean, ¿Qué es la Mediación? En Justicia para Crecer N° 3, Julio Setiembre del 2006, p 8-11

PARA LA UNIDAD 03:

- CAPPELAERE, Geert y GRANJEAN, Anne “Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades” UNICEF, Madrid, 2000,.
- CALATAYUD, Emilio “Reflexiones de un juez de menores” DAURO, 5° Reimpresión, octubre 2008.
- CALATAYUD, Emilio “Mis Sentencias Ejemplares” La Esfera de los Libros, Madrid, Segunda Edición Octubre 2008.
- GROSMAN, Cecilia Los Derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad, 1998, en la Convención sobre los Derechos del Niño” Rubinzal, Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- KADIO, Belleza “La Experiencia del Servicio Comunitario” en Justicia para Crecer N° 5 Enero-Marzo 2007, p 25-31.
- SILVA BALERIO, Diego “Infracción juvenil y educación social: un encuentro necesario” Defensa de los Niños Internacional.
- SILVA BALERIO, Diego “El Adolescente, la responsabilidad y el trabajo del educador” en Justicia para crecer N° 4 Octubre- Diciembre 2000

INTRODUCCIÓN

“No en lo grande está lo bueno,
sino en lo bueno lo grande”
Zenón

La Administración de Justicia está en crisis, eso se afirma en diversos foros. Se dice que tarda mucho en resolver los conflictos, que los resuelve mal, o que simplemente cuando los resuelve ya no es útil la solución que propone pues ya se resolvieron fuera de su ámbito. Sin embargo la sociedad sigue teniendo hambre y sed de justicia. Trabajamos en esto y sabemos desde dentro que algo está mal dentro del sistema, pero seguimos haciendo las mismas cosas sin utilizar otras vías otros métodos, que sin estar fuera del sistema pueden hacerlo más útil y más justo.

El conflicto penal es una de las situaciones que más justicia exige y menos obtiene especialmente para la víctima que tiene un interés concreto: ser reparada y que no obtiene nada del sistema de justicia, que por el contrario le expropia el conflicto en aras de un “interés público” y que muchas veces logra una solución que no satisface a nadie, ni al imputado que con mucha probabilidad seguirá delinquir, ni a la sociedad que continuará con su sensación de impunidad e inseguridad.

La justicia restaurativa coge estos tres actores, víctima imputado y comunidad; para hacerles partícipes de la solución al conflicto penal, una solución que pretende ser el equilibrio entre la retribución pura y dura, y un enfoque rehabilitador y terapéutico que se ha olvidado de la víctima. Así por medio de la responsabilización del imputado busca la reparación de la víctima y la reintegración de ambos a la comunidad a la que pertenecen. El conflicto deja de ser expropiado y vuelve a sus actores quienes asumen que son parte del problema y parte de la solución.

La Justicia Restaurativa aunque ha comenzado con una práctica fuera del sistema formal, no está en su contra sino que por el contrario se lleva bien con las instituciones que buscan la diversificación de las respuestas. El principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios, en el derecho penal de adultos, y la remisión fiscal y judicial, en la justicia penal juvenil, son ejemplos de instituciones que se encuentran encardinadas dentro de la Justicia Restaurativa. Sin embargo su uso sin tomar en cuenta los principios que los fundamentan, corre el riesgo de no servir para alcanzar una mejor justicia:, y limitar estas instituciones a ser utilizadas como simples mecanismos de descongestión procesal.

Corresponde a este curso compartir la experiencia de la Justicia Restaurativa en la Justicia Penal Juvenil y hacer que los participantes puedan, valorar esta experiencia y trasladarla a su ejercicio profesional, dentro del ámbito en el que se encuentran sea la propia justicia penal juvenil o el sistema penal de adultos..

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
UNIDAD I: Nuestra Opción por la Justicia Restaurativa.....	13
Presentación de la Unidad I.....	14
Preguntas Guía para el estudio de la Unidad I	14
Tema 01: El Fracaso del Modelo Tutelar	15
Tema 02: El retribucionismo y el Neo retribucionismo	24
Tema 03: Los Modelos de Justicia Diseñados en nuestra legislación.....	36
Tema 04: ¿Por qué una justicia restaurativa?	47
UNIDAD II: El Uso de Herramientas Restaurativas en sede Fiscal.....	75
Presentación de la Unidad II.....	75
Preguntas Guía para el estudio de la Unidad II	76
Tema 01: La importancia de la Gestión de las denuncias en la Justicia Penal Juvenil	76
Tema 02: La Decisión Temprana dentro del Principio de Legalidad y usando salidas alternativas	85
Tema 03: La Remisión en sede Fiscal como salida Alternativa	96
Tema 04: El archivo por perdón del agraviado.....	114
UNIDAD III: La Aplicación Judicial de la Justicia Restaurativa.....	125
Presentación de la Unidad III.....	126
Preguntas Guía para el estudio de la Unidad III	126
Tema 01: La remisión judicial como parte de la Justicia Restaurativa	127
Tema 02: Presupuestos para la concesión de la Remisión.....	133
Tema 03: La prestación de servicios a la comunidad como medida aplicada con la remisión	140
Tema 04: La ejecución de las decisiones judiciales dentro del modelo de Justicia Restaurativa	147

UNIDAD N° 1



NUESTRA OPCIÓN POR LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Unidad

1

NUESTRA OPCIÓN POR LA JUSTICIA RESTAURATIVA

PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD 1.

En esta unidad se analizan desde una perspectiva crítica y valorativa los diversos modelos de intervención en los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Así, abordaremos tanto el Modelo Retributivo como el Modelo Tutelar, incidiendo en aquellos aspectos que pese a estar superados desde el punto de vista teórico, aún permanecen en la práctica jurídica e incluso en nuestra legislación, como por ejemplo el neo - Retribucionismo.

Por último, presentaremos el Modelo de Justicia restaurativa como modelo que supera a los anteriores cuya implementación práctica depende más de la opción consciente que haga el operador que del marco normativo que exista.

COMPETENCIAS:

Al final de la unidad, el participante estará en condiciones de:

- Identificar los elementos centrales que sustentan los modelos de intervención en los adolescentes en conflicto con la ley Penal, descubriendo su presencia en las actuaciones fiscales y judiciales, y valorándolos a la luz de la Doctrina de la Protección Integral.
- Asumir la Justicia Restaurativa como Modelo de Intervención valorando sus ventajas sobre los otros modelos.



**Preguntas guía para el estudio de la
Unidad I**

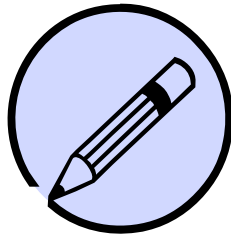
1. Los Problemas del Modelo Tutelar.
2. El Retribucionismo y el Neo Retribucionismo.
3. Los Modelos de Justicia Penal Juvenil diseñados en la legislación Peruana.
4. ¿Por qué una Justicia Restaurativa?.

TEMA 01

EL FRACASO DEL MODELO TUTELAR

“En el amor no hay límites, en la justicia sí. Por eso nada contra el amor cuando el mismo se presente como un complemento de la justicia. Por el contrario todo contra el “amor” cuando se presenta como un sustituto cínico o ingenuo de la Justicia”
Emilio García Méndez

Punto de partida: El Caso Gault



Gerald Gault, un adolescente de 15 años, en Arizona (Estados Unidos), el 8 de junio de 1964, fue detenido y acusado de hacer unas llamadas obscenas a su vecina.

Sus padres no fueron informados de su detención hasta pocas horas antes de la realización de la audiencia, donde no concurrió la víctima y el Juez, no le advirtió que podía permanecer en silencio ni que podía contar con la asistencia de un abogado.

Así, pese a la vulneración de su derecho de defensa, Gault fue internado en un establecimiento correccional (la Escuela Industrial del Estado) hasta los 21 años. Un adulto por el mismo hecho, podría haber sido condenado a una multa de U\$\$ 50 o a dos meses de prisión. Los padres de Gault fueron impedidos de apelar, pues el propio tribunal consideró que su decisión era justa. Sus padres no se quedaron tranquilos e interpusieron un Habeas Corpus, el cual a pesar de ser denegado permitió a la Corte Suprema tomar conocimiento del caso y desnudar el Modelo de Justicia aplicado.



El Modelo de Justicia donde se juzgó a Gault fue el Modelo Tutelar. ¿Podemos identificar sus principales características? ¿Qué semejanzas y diferencias encontramos en la forma de juzgar a Gault y el modo como procede nuestro Sistema de Justicia Penal Juvenil en la actualidad?

Ciertamente, las cosas en esa época funcionaban así, no por una situación de azar; sino, porque existía una concepción de justicia que sustentaba este modelo cuyas raíces debemos entender pues como demostraremos en las siguientes páginas, muchos de los elementos que la sustentan subsisten en nuestra actual Administración de Justicia.

La doctrina de la Situación Irregular: Un Modelo autoritario de control social



La doctrina de la situación irregular es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad¹.

En esta doctrina se trata de la misma manera tanto al niño y adolescente que están en estado de abandono como al que ha infringido alguna ley. Esto ha propiciado que se realice una intervención o sistema de control social, vigilancia y corrección bajo el nombre de Justicia de Menores que encubrió un sistema de penas ampliado e ilimitado basado en las ideas de observación, corrección y control, el cual tenía como sustento ideológico la no consideración de los niños y adolescentes en un plano de igualdad con los adultos, es decir, en la negación de su condición de sujetos de derechos, “los ideales ilustrados no los habían alcanzado”².

Un niño en “situación irregular” era todo aquel que se encontraba material o moralmente abandonado. Así, su “situación irregular” se podía expresar tanto por el maltrato que podía recibir de sus padres, por ser expósito y encontrarse viviendo en la calle, como por haber infringido la ley. Frente a todas estas situaciones que se consideraban similares, el Modelo Tutelar tenía una respuesta privilegiada: la institucionalización, en el entendido que el “menor” debe ser apartado de su medio en internado por su “bien”.

Características de las legislaciones tutelares que se encuentran en el caso Gault

¹ GARCIA MENDEZ, Emilio "Infancia y Derechos Humanos" Estudios Basicos de Derechos Humanos II Primera Edición 1995, San José de Costa Rica, p 298.

² Nos referimos a los ideales de libertad, igualdad y fraternidad que inspiraron la revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789.

La doctrina³ es uniforme en caracterizar a las legislaciones tutelares con algunos rasgos centrales. Verifiquemos los que presenta el caso Gault

- No diferencian el ámbito tutelar del penal, de tal modo que trata al adolescente que está en abandono del mismo modo que al que ha cometido una infracción a la ley penal, promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social (criminalización de la pobreza), pues los internamientos efectuados por situación de abandono material o explotación, tienen como consecuencia real una privación de la libertad. Así, en el Modelo tutelar, se expresa un derecho penal juvenil de autor por medio de un “tratamiento tutelar” del “problema penal” y un “tratamiento penal” del “problema tutelar”.

Esto se pone en evidencia en nuestro caso, pues Gault, contra quien pesaban cargos por infracción a la Ley Penal, fue enviado a un centro que por lo menos en apariencia respondía a un ideal más de protección que de sanción (escuela industrial) pero que en la práctica representaba una privación de la libertad totalmente desproporcionada respecto a la falta cometida.

- Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para “beneficiar” y no “para castigar” a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección.

La Corte Suprema de los Estados Unidos que analizó el caso Gault, señaló que una persona que no ha cumplido los 18 años, tiene derechos procesales básicos: ser informado (él y sus padres) de todos los cargos, asistencia legal, control de la prueba, derecho a no declarar contra sí mismo, derechos que conforman el contenido esencial del debido proceso, que como vemos, no fueron respetados pues supuestamente no tenía ninguna cabida en una intervención cuya finalidad era “proteger”.

- Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

En el caso “Gault”, la cárcel no es llamada cárcel, sino; “casa de recepción”, “escuela industrial” o como fuere, escondiendo tras esas palabras la verdadera función práctica de centros de confinamiento.

³ GARCIA MENDEZ, Emilio, ibidem p 13, En el mismo sentido CARRANZA Elías y MAXERA Rita, “El Control Social sobre niños, niñas y adolescentes en América latina” en La Niñez y La Adolescencia en conflicto con la Ley Penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil, Un derecho para la Libertad y Responsabilidad PNUD, El Salvador, 1995 p 63-82

- El juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones. (arbitrariedad). Una de las características de este sistema es la imposibilidad de apelar, lo cual llevó a los padres de Gault, a la necesidad de interponer acciones de garantía.

Modelo Tutelar y Control Social

En un primer momento existía un control penal del niño indiferenciado de los adultos, siendo incluso sancionado del mismo modo y en los mismos lugares, frente al cual se alzó el Modelo Tutelar inspirado en ideales humanitarios en busca de una intervención especializada tanto a nivel legal, judicial (jueces de menores) como en el tratamiento (separación de menores y adultos)

No obstante, al volverse dominante la ideología correccional positivista y la doctrina de la situación irregular, al mismo tiempo que se retiran a los niños y adolescentes del ámbito del Derecho Penal para darles medidas educadoras y asistenciales frente a sus comportamientos, se eliminan los límites a la intervención punitiva, representados por las garantías penales, las cuales son reemplazadas por el uso de conceptos morales con los que se justificaba la violencia de la institucionalización.

Así, la Justicia tutelar, aplicó la visión determinista de las ciencias biológicas tratando de explicar el comportamiento de los niños el cual fue calificado de “peligroso” o “irregular” de acuerdo a la verificación de algunas características psico-biológicas y psico-sociales, conceptos con una fuerte carga moral que servían de justificación para la intervención especializada de los tribunales de menores, donde el Juez encargado de disponer lo “más conveniente” y “mejor” terminaba usando la institucionalización como un mecanismo de enmienda, que tenía por objetivo modificar su conciencia.

El Primer Tribunal de Menores (Juvenile Court Law), fue creado en 1989 en Chicago, Illinois y su competencia se extendía sobre el tratamiento de los niños, abandonados, dependientes, y delincuentes.

Las situaciones que eran materia de su competencia les permitían por su apertura a la interpretación amplias y discrecionales posibilidades de intervención. Entre ellas destacan: conducta indecente e inmoral, ocupaciones ilegales, asociación con personas inmorales o viciosas, crecer en la vagancia o en el crimen, entrar o visitar casas de mala reputación, entrar a negocios donde se venden bebidas alcohólicas o en lugares de juego, deambular por las calles por las noches en actividades ilícitas, no ir a la escuela habitualmente, conducta incorregible, usar

habitualmente un lenguaje vulgar u obsceno en lugares públicos, abandono del hogar sin permiso, desobediencia a los padres o guardianes, mendigar en las calles, fumar cigarrillos en lugares públicos, etc⁴.

De este modo, surgieron lo que hoy conocemos como medidas socio educativas distintas a las penas, las cuales son definidas por Luis Mendizabal Oses como "... aquellas en las que la finalidad esencial no es la de penar ni la de intimidar a los menores, así como tampoco la de reprobar socialmente la conducta de quien se encuentre en situación irregular porque fundamentalmente se trata de proteger jurídicamente al menor contra el medio ambiente que nocivamente influye en su comportamiento y contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su convivencia con los demás por ello la finalidad esencial de éstas medidas es de prepararle eficazmente para la vida".⁵ El drama de la justicia tutelar, como vemos, es que esta intervención no diferenció al que cometía ilícitos penales del que únicamente necesitaba protección.

Ciertamente las cosas funcionaban así, no por una situación del azar, sino, porque existía una concepción de justicia que sustentaba este modelo, la cual fue el resultado de una evolución histórica. Así, si la escuela clásica del Derecho Penal - por lo menos en el discurso- había desterrado la tortura y las formas deshumanizante de la pena pretendiendo con ella aspirar más que al puro castigo a la redención del penado por la expiación, la escuela positivista de mitad del Siglo XIX fue más allá pues buscaba encontrar las causas o los factores etiológicos del comportamiento delincuente, por medio de las conclusiones que procedían de las ciencias del comportamiento (psiquiatría, psicología, biología, pedagogía), y en base a ellas sentaron las bases de una intervención caracterizada por la prevención especial positiva, que se materializó en las legislaciones que comenzaron a aspirar a tener un tratamiento penitenciario correccionalista y de reforma del delincuente,⁶ entendiendo que la "...enmienda o corrección sería la auténtica vía de prevención. No así el puro escarmiento, que cohibe tan solo por temor, pero no mejor ni afianza

⁴ KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida " Justicis Restaurativa,, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p 51-53

⁵ MENDIZABAL OSES, Luis "Derecho de menores" Teoría General Ediciones Pirámide SA Madrid, 1977, p 409.

⁶ El gran acierto del positivismo fue el nutrirse de las conclusiones de otras ciencias para señalar el camino de un tratamiento penitenciario. Al mismo tiempo su limitación, estuvo marcada justamente por el nivel evolutivo de esas ciencias que en la época estaba dominada por el determinismo biológico, el cual impidió que el positivismo pueda abordar de mejor forma la complejidad de las causas del delito, haciendo que sus respuestas sean muy simples, sin embargo debe reconocérsele el mérito de indicar el camino que hasta la actualidad sigue –obviamente con un mayor desarrollo- todo esfuerzo por implantar un tratamiento resocializador. Tal es así, que hoy en día, aunque se han abandonado las ideas del causalismo antropológico y biológico propio del positivismo, la resocialización es un concepto integrado en todas las legislaciones modernas fundamentado en la corresponsabilidad de la sociedad en el delito.

la voluntad en el obrar ilícito”.⁷ Por ejemplo, el Artículo 2 de la Ley Penitenciaria Alemana de 1969 señalaba *“En la ejecución de la pena privativa de la libertad, el recluso debe conseguir llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social, una vida sin delitos”*

Desde el momento que se tomó la decisión de no sólo recluir con fines de inocuización, y se consideró la idea de efectuar un tratamiento sobre los delincuentes recluidos, se fueron sentando progresivamente las bases de lo que hoy conocemos como ciencia penitenciaria la cual es conceptualizada por Alejandro Solis como una ciencia interdisciplinaria que estudia todo lo relativo a la ejecución de las sanciones privativas y restrictivas de la libertad tanto en medios cerrados, abiertos y libres, así como la orientación post carcelaria con el fin de lograr la readaptación del delincuente. El tratamiento penal se constituyó, así de la integración de conocimientos, métodos y técnicas de diversas áreas científicas vinculadas con el tratamiento del delincuente, con las cuales se buscó cambiar la actitud sancionadora y puramente retributiva de la pena por una orientación enmendativa.⁸

El correccionalismo, concebía la pena como un tratamiento jurídico-moral que se aplicaba al delincuente para convertirlo tratando de incidir en sus lagunas de socialización, especialmente las más tempranas para hacer que su voluntad opte por el bien. Así, la ejecución penal era un suerte de segunda educación, individualizada y socialmente integradora, que por tanto despojándose de ideas retribucionistas y expiacionistas debía ser estimada como un bien pues se le ofrecía como instrumento y/o condición de conversión⁹.

En este sentido, el tratamiento correctivo de los adolescentes formaba parte de una corriente generalizada, con la idea adicional que al no haber penas ni delitos, la consecuencia jurídica llamada “medida socioeducativa” no necesitaba ni siquiera una justificación teórica, pues el eufemismo era suficiente para justificar el “bien que representaba” frente al “comportamiento antisocial”.

⁷ L.SILVELA, “El Derecho penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España”, citado por HERRERO HERRERO, César, “Delincuencia de menores tratamiento criminológico y jurídico” DYKINSON, Madrid, 2005, p 184.

⁸ SOLIS ESPINOZA, Alejandro “Ciencia Penitenciaria” Editorial DESA, 1986, p 86. Este autor hace referencia a la Ciencia Penitenciaria como sinónimo de penología, superando la distinción doctrinal que señalaba que la penología estudiaba todas las penas y que la ciencia penitenciaria sólo las que son privativas de la libertad.

⁹ AHRENS, citado por HERRERO HERRERO, César ibidem.

Justicia Tutelar: Amor que hace daño



El amor por amor no es suficiente. Así las buenas intenciones y el voluntarismo filantrópico, paternalista y correctivo de los tutelaristas no fueron suficientes para que el Modelo Tutelar librara de la represión y del castigo a los niños y adolescentes. Las palabras no bastan, como no es suficiente parecer un “Juez o fiscal bueno” para ser un “buen juez o fiscal”.

En síntesis, como señala Paola Hall, las legislaciones tutelares han sido “una forma disfrazada y sustitutiva de control social”¹⁰, pues “se huyó del tratamiento retributivo ordinario buscando una modalidad similar, aunque en apariencia diferente”¹¹ Un castigo disfrazado de protección

El resultado: un amor expresado en legislaciones plagadas de eufemismos y buenos deseos que en su aplicación práctica afectaban de modo concreto a los niños y adolescentes que por su causa eran institucionalizados por tiempo indeterminado. Un amor que hacía daño. ¿Seguirá haciéndolo?

¹⁰ HALL, Ana Paola en “Los Derechos del Niño y su responsabilidad Penal” Las dos caras de la Moneda, artículo publicado en “Justicia Penal y Sociedad” Revista Guatemalteca de ciencias penales, Año 6, N 8, Abril de 1998, p 26.

¹¹ HALL, Ana Paola, Ibidem ,p 27.

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Llena el siguiente cuadro, comparativo entre las características que tiene el Modelo Tutelar y el Modelo de Justicia que aplicamos en la actualidad

Características	Modelo Tutelar	Modelo Actual
Sobre la diferenciación entre el modelo penal y tutelar.		
Debido proceso		
Uso de eufemismos		
Modelo de Juez		

LECTURA



Palomba Federico “Tendencias Evolutivas en la Protección de los Menores de Edad”, En la Niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil, un Derecho para la Libertad y la Responsabilidad”, Ministerio de Justicia de la República de El Salvador, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) 1995 Director General para la Justicia de Menores del Ministerio de Gracia y Justicia de Italia. Texto incluido en “Los Adolescentes y la Justicia” La Doctrina de la Protección Integral de niños, niñas y adolescentes, Lecturas e instrumentos CEAPAZ, Lima, 2000, p 7-17.

OBJETIVO: Facilitar la comparación de las características del modelo tutelar con la Doctrina de la Protección Integral.

1. ¿Qué relación ha existido en la Doctrina de la protección integral entre punición, tutela y protección?
2. ¿Qué responsabilidad tienen los adultos respecto a la “situación irregular”? ¿Qué implica el reconocer esta responsabilidad?
3. ¿Qué aspectos debe tener la protección de la infancia en la Doctrina de la Protección integral?
4. ¿Qué principios inspiran la relación entre punición, educación, infracción y reacción social dentro de la doctrina de la protección integral?

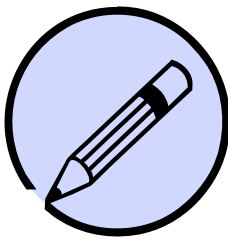
TEMA 02

EL RETRIBUCIONISMO Y EL
NEORETRIBUCIONISMO

“No matar gorriones, con cañones”
Renate Winter

*No es lógico pensar que más justicia es equivalente
a más tiempo y dureza de internamiento”*
Emilio Calatayud

Punto de partida: “Ni retribucionistas hipócritas, ni paternalistas”



Hemos visto que la Justicia Penal Juvenil no es ajena a las ideas retribucionistas por el contrario, la criminalización de conductas cometidas por los jóvenes ha estado de moda en los últimos tiempos, Emilio García Méndez quien ha acompañado casi todas las reformas que se han llevado a cabo en la Justicia Penal Juvenil en América Latina, nos dice las razones por las cuales considera que esto es así en los extractos de esta entrevista que fue publicada el 25 de noviembre del 2007, en el diario la Prensa de Panamá:

“La sociedad tiende a tener de los niños una visión contradictoria: o como ángeles o cómo demonios. Si uno se pone a pensar, se puede asociar al niño con la pureza y con la inocencia, pero llega Freud y lo asocia con las pulsiones, con lo salvaje, con lo no domesticado. Este es el telón de fondo porque sobre esta visión contradictoria se montan diversas respuestas. Los que los consideran ángeles son los que yo llamo paternalistas ingenuos, que niegan siempre y en cualquier circunstancia la posibilidad de que los niños puedan cometer delitos graves.

Del otro lado, tenemos a los que los consideran como demonios, que yo llamo retribucionistas hipócritas, que están siempre dispuestos a vincular en forma automática el tema de la inseguridad urbana –que es un problema central hoy en nuestras sociedades– con el tema de la violencia juvenil.

¿Por qué se puede hacer este vínculo automático entre adolescencia e inseguridad urbana? Porque hay una cosa que caracteriza a la cuestión de los adolescentes infractores, y es la falta de información cuantitativa confiable (...) La falta de información es pavorosa y sobre esta falta de información algunos medios y

algunos políticos inescrupulosos se aprovechan (...) Es que cuando se establecen en los sistemas penales juveniles la responsabilidad penal entre los 14 y los 18 años no es por capricho. Lo hacemos porque debajo de los 14 años los delitos de naturaleza grave son realmente excepcionales desde el punto de vista estadístico....

Desde un punto de vista estadístico se puede decir que del 100% de los delitos que cometen los menores de edad, los graves no superan el 10%. Y para esos entonces es que tenemos que reservar prácticas como la privación de libertad.

Del 80% al 85% de los delitos que cometen los menores de edad son los delitos de hurto, robo, vandalismo y destrucción de la cosa pública, y estoy totalmente convencido de que la más racional e inteligente respuesta es la prestación de servicios a la comunidad.

Usted ha señalado en otros escritos que existen diferencias entre la forma como se trata al muchacho infractor, dependiendo del estrato social al que pertenezca...

... Y es que la utilización del sistema penal de menores tiene un uso tremendamente clasista en América Latina. Desde México hasta Argentina, cuando uno visita las instituciones de privación de libertad prácticamente no se encuentra a un solo menor de los sectores medios o altos.

Eso de la impresión equivocada de que solo un sector social comete delitos y el círculo vicioso continúa...

Sí, porque los sistemas tienen niveles altísimos de discrecionalidad. Hay una variable que es absolutamente fundamental: la presencia de un buen abogado. La falta de una defensa técnica jurídica hace que muchas veces menores de edad pobres, que han cometido delitos leves, paguen con la privación de libertad; mientras que menores de edad de los sectores medios y altos que han cometido delitos graves, utilizando los resquicios discrecionales del sistema, puedan asegurarse la impunidad”.



¿En nuestro sistema legal, se han utilizado argumentos de seguridad ciudadana para elevar las sanciones penales aplicadas a los adolescentes? ¿Es nuestro Sistema Penal Juvenil retributivo, simbólico, orientado a un Derecho Penal del enemigo? ¿Las medidas que implican la privación de la libertad son aplicadas a todos los adolescentes, sin importar su condición social? ¿Podríamos decir, que en los últimos años, nuestro Sistema Penal ha tenido una visión de la infancia como “ángeles” o “demonios”?

Del Retribucionismo Explícito al Retribucionismo Hipócrita o Neoretribucionismo



Antes del Modelo Tutelar, al que nos hemos referido en la lección anterior, existía el Modelo de Control social indiferenciado o retributivo (el cual era explícito) pues no se cubría con eufemismos. La retribución o sanción (pena), en su forma más devastadora (privación de la libertad), es la mayor aflicción que puede causar el Estado por medio del Sistema Penal a una persona para castigarla por haber quebrado el orden, la convivencia social.

El sistema penal se aplica por el fracaso de los mecanismos de control social informal (familia, escuela, iglesia) y se configura como una forma de control social formal, cuyos ejes estructurales son el Derecho Penal Sustantivo y el Derecho Procesal, ambos configuran la Política Criminal (conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas y objetivos que regulan la coerción estatal o lo que es lo mismo la aplicación de sanciones o penas).¹²

Cuando hablamos de Retribucionismo, nos referimos al modelo que justifica el sistema penal, únicamente en la aplicación de sanciones, como retribución o respuesta frente a la culpabilidad, sin que exista ninguna otra finalidad o utilidad en la sanción. Villavicencio Terreros, nos recuerda que la Retribución, descansa en tres presupuestos esenciales: 1° Se encuentra fundamentada en el monopolio estatal “ius puniendi estatal”, 2° Necesidad de establecer la culpabilidad (No hay penas, sin culpabilidad) y 3° Armonización entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, “búsqueda de una pena justa”.¹³

La reacción contra la injusticia fue para el hombre de la antigüedad venganza, la cual la dirigió contra su ofensor. Sólo el desarrollo histórico de la humanidad ha permitido que se sustituya la idea de “justicia” en mano propia por la de justicia en manos de una autoridad, pero no ha eliminado de muchos sectores del colectivo social la idea de “justicia” como “venganza”. La regresión a la barbarie ha estado y está presente siempre y en todo lugar del mundo, tanto en quienes recurren a la italiana “vendetta”, para hacer “pagar una ofensa o en aquellos que cuando sorprenden a una persona cometiendo un delito lo someten a castigos físicos, como en quienes sin participar de éstos hechos los respaldan, los toleran o simplemente los justifican.

¹² Cfr. BINDER, Alberto “Iniciación el Proceso Penal Acusatorio” Campomares, Buenos Aires, 2000, p 11-15.

¹³ Cfr VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Dercho Penal, Parte General” Grijley, Lima, 2007 p 48.

Hoy en día, es prácticamente insustentable el retribucionismo, dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, incluso nuestro Tribunal Constitucional ha señalado al respecto que: “ Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución Política, conforme al cual, la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” Fundamento 30, de la STC 0019-2005-PI/TC, 21 de julio del 2005

No obstante, pese a que en la actualidad el retribucionismo ha perdido sustento teórico, constatamos que se mantiene vigente en algunas prácticas, claro que al no poder ser explícito se ha tenido que disfrazar de un modo u otro. Es lo que García Méndez llama con acierto un “retribucionismo hipócrita”, pues pese a su supuesta adscripción al modelo de Protección Integral que supera a la Doctrina de la Situación Irregular, su aparente conocimiento del fenómeno y especialización, expresa su política criminal de “mano dura” contra los adolescentes, justificada en una supuesta amenaza de la “seguridad ciudadana” frente al incremento de la violencia juvenil y de las infracciones penales “graves” por medio de la agravación las sanciones penales, la utilización de la privación de la libertad como respuesta prioritaria y hasta en algunos casos única frente a la infracción a la Ley Penal (como sucede en nuestra legislación con el pandillaje pernicioso) e incluso con la amenaza de reducir a 16 años, el límite de 18 para ser pasible de respuestas penales como adulto.

El Perú en la Década del 90, dio una muestra clara de retribucionismo: En primer lugar, mediante Decreto Legislativo N° 895, se estableció como sanción penal por terrorismo agravado, la pena privativa de libertad no menor de veinticinco años, a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. Asimismo se promulgó la Ley N° 27324, Ley de Servicio Comunal Especial, que establecía una sanción distinta a las tipificadas como tales en el Código de los Niños y Adolescentes. Estas normas ya no están vigentes, pero recordarlas nos permite demostrar que el retribucionismo, del que hablamos no es del siglo antepasado.

Atilio Álvarez denuncia el retroceso que implica el neoretribucionismo en América Latina, al pretender disminuir la edad de responsabilidad penal, crear tipos penales especiales para adolescentes (pandillaje pernicioso) y centrar la atención únicamente en las reformas del procedimiento más que en el tratamiento mismo de los adolescentes.¹⁴

¹⁴ ALVAREZ, Atilio “¿Neoretribucionismo o Justicia Juvenil Restaurativa? En Justicia para crecer N°1, p 19.

El Derecho Penal Simbólico favorece el neoretribucionismo

Cuando se crea un delito nuevo, o se incrementan las penas ya existentes, es innegable que existirá un efecto simbólico en una porción de la población, la cual se generará expectativas en que la sensación de impunidad e inseguridad que tiene se van a terminar. Este efecto simbólico es consustancial a la creación de tipos penales y no tiene nada de malo, pues busca en principio crear una valoración positiva de las normas, una conciencia a favor de la protección de los bienes jurídicos protegidos, cumpliéndose con ello una finalidad preventivo general.

Sin embargo, este efecto es efímero, pues normalmente está motivado en el deseo del legislador de responder ante una situación de crisis. Así, frente a una violación o un homicidio execrable con determinadas características, el legislador, agravando el delito cometido o crea un tipo penal específico como por ejemplo el pandillaje pernicioso, sabiendo de antemano que este hecho no modificará las cosas y que en todo caso sólo dará la efímera impresión de ser un legislador preocupado y decidido. Esto es lo que la Hassemer¹⁵ llama “Derecho penal simbólico”.

Hassemer señala que el Derecho Penal tiene una función manifiesta (lo que regula, la realidad) y una función latente (lo que dice que regula, lo querido, la apariencia, es decir el engaño) desde esta distinción, a pesar de reconocer que el derecho penal cumple una función simbólica que es incluso positiva, critica el exceso de este simbolismo y la renuncia del derecho a la búsqueda de su realización, dejemos que nos lo explique en sus propias palabras¹⁶:

«Simbólico» en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende —como ya expresa la determinación del concepto— por «funciones manifiestas» llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las «funciones latentes», a diferencia, son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una «necesidad de actuar» a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La

¹⁵ Hassemer, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en Varios Autores «Pena y Estado», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-3

¹⁶ Ibidem.

previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino «engaño» o «apariencia»: Los fines descritos en la regulación de la norma son — comparativamente— distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta. Finalmente en esta concreción de «simbólico» no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas (...) apenas se espera aplicación alguna.”

Los efectos de una legislación puramente simbólica son altos para el sistema el cual termina deslegitimándose, ante la irrealización de su proyecto jurídico. La razón es que pocos delincuentes potenciales se desmotivan por el incremento de las penas, pues está demostrado que lo que en realidad desincentiva la comisión de los ilícitos es el mejoramiento de los mecanismos de persecución penal. El resultado, de un derecho penal simbólico es una población que al darse cuenta de la farsa y el engaño, pierde la confianza en la administración de justicia. Allí el legislador nuevamente “simbólico” va a la carga de los operadores responsabilizándolos de la ineficacia de un sistema penal, pese a tener pleno conocimiento desde el momento de la promulgación de la propia ley, que ésta no era suficiente para enfrentar el problema y que en todo caso, dicha ley era sólo un componente con trascendencia menor.

En este sentido, la utilización simbólica del derecho penal, es un componente de marketing político, de identificación con el clamor popular, que tiene como hemos señalado mucho de embuste, y se sustenta en la necesidad de mantener el poder. Para ello el poder político recurre a una serie de mecanismos, crea leyes punitivas, programas preventivos que sabe que no llegará a implementar, etiqueta comportamientos juveniles (pandilleros, barras bravas, etc) y hasta utiliza a la policía para comunicar una imagen de “respuesta inmediata” (detuvimos al sospechoso en 24 horas, decomisamos tal cantidad de insumos o droga, etc), para luego terminar imputando al sistema de justicia (jueces y fiscales) la responsabilidad por no haberse podido lograr sanciones ejemplarizadoras.¹⁷

La influencia del Derecho Penal del “enemigo” en tiempos de neoretribucionismo

El punitivismo retribucionista (necesidad de penas cada vez más altas y desproporcionadas) se junta con el Derecho Penal Simbólico, el cual etiqueta como

¹⁷ Es frecuente por ejemplo que la preocupación por responder “mediáticamente” ante la demanda de seguridad se estropeen investigaciones por no observarse garantías o se terminen deteniendo el cargamento de droga y no desbaratándose a la organización.

“enemigo” al sector o grupo que será objeto de persecución penal surgiendo así el Derecho Penal del Enemigo”.

Jacobs que introdujo este concepto destaca en el Derecho Penal del Enemigo tres características básicas: 1) El adelantamiento de la punibilidad, se castiga en forma prospectiva, antes de que se dañe el bien jurídico, y no en forma retrospectiva, cuando el delito se cometió. 2) Las penas son desproporcionadamente altas y no admiten atenuantes y 3) Las garantías son relativizadas e incluso suprimidas.¹⁸

Jacobs habla de un Derecho Penal del ciudadano el cual si bien también sanciona al que comete delitos, este sigue siendo persona y el Derecho Penal del Enemigo, donde ya no es tratado como “persona”, pues se privilegia la seguridad de quienes siguen siendo considerados como ciudadanos. Así frente a la comisión de un delito el Estado tiene dos posibilidades o trata a quien ha delinquido como una persona que ha cometido un error (Derecho Penal del Ciudadano) o como alguien a quien hay que impedir mediante la coacción que destruya el ordenamiento jurídico (Derecho Penal del Enemigo). Desde esta perspectiva por el derecho a la seguridad de los “ciudadanos” se eliminan o limitan los derechos de los “enemigos”¹⁹. Esta concepción del derecho es a todas luces incompatible con un estado de derecho por atentar contra la dignidad de los seres humanos. Sin embargo, nadie pone en duda que lamentablemente muchas de las ideas que lo sostienen han hecho eco de modo implícito o explícito en las legislaciones latinoamericanas de los últimos tiempos²⁰.

El carácter altamente selectivo y estigmatizante del Neoretribucionismo

La cárcel no sólo se ha aplicado luego del establecimiento de la responsabilidad penal, sino que de la mano de sistemas inquisitivos se ha convertido en “una regla” dentro de los procesos penales, con la idea de empujar al imputado hacia la confesión. Así, se convirtió prácticamente en una suerte de “pena anticipada” donde el juicio sólo ratificaba lo que el tribunal “ya sabía” desde el momento mismo de la detención.

¹⁸ Recogemos la posición de CANCIO MELIA, Manuel para quien el Derecho Penal del enemigo es el resultado de la unión del Derecho Penal Simbólico y el punitivismo. JACOBS/CANCIO MELIA, Derecho Penal del enemigo, Thompson-Civitas, Madrid, 2003, p 78.

¹⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho Penal” Parte General, Op Cit. p37-38.

²⁰ Situación que ha motivado por ejemplo que la Corte Constitucional Colombiana declare inconstitucionales legislación promulgada por el presidente colombiano, por considerara que esta responde a una concepción de Derecho Penal del Enemigo, Ver Sentencia C-939-02 del 31 de octubre del 2002.

Un estudio efectuado por ILANUD entre los años 1972 y 1992 da cuenta de que en la población carcelaria en Latinoamérica, los presos sin condena superan a los condenados constituyéndose desde un 50% hasta un alarmante 70% de la población total²¹.

A esta situación, debe añadirse la selectividad del sistema penal, el cual sin duda tiene como el sector mayoritario de sus usuarios a personas que provienen de los sectores más deprimidos de la población, los menos favorecidos y que por tanto menos prestaciones han recibido por parte del estado. Así, de acuerdo al estudio efectuado por la Defensoría del Pueblo sobre la situación social y económica de los adolescentes que se encuentran Privados de Libertad, todos ellos proceden de barrios pobres de Lima. Situación que corrobora la investigación que realizáramos el año 2005 donde pudimos constatar que ninguno de los adolescentes que se encuentran privados de libertad proceden de barrios residenciales sino, por el contrario, de zonas urbano marginales, ninguno de ellos ha contado con defensa técnica en sede policial y que la gran mayoría de ellos se encuentra asesorado por abogados de oficio. Datos que en conjunto nos permiten afirmar junto como Eugenio Zafaroni, que el carácter altamente selectivo del proceso penal se incrementa notablemente en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil donde el estrato socio económico bajo, las carencias en servicios básicos y la situación de vulnerabilidad social se han convertido en un elemento que caracteriza a los sujetos pasivos de la represión estatal.²²

El año 2000, la Defensoría del Pueblo, publicó el Informe N° 51, “El Sistema Penal Juvenil en el Perú: Análisis Jurídico social” donde caracterizó a los adolescentes privados de libertad como provenientes de familias desintegradas y con ingresos exigüos, que habitan en viviendas sin las condiciones y servicios adecuados, sin instrucción o con una muy escasa, la cual no guarda relación con su edad. Siete años después, en el año 2007, la propia Defensoría emitió el Informe N° 123 “La situación de los adolescentes infractores de la Ley Penal privados de libertad, donde confirma que las carencias económicas, son un elemento característico de los adolescentes Privados de Libertad. (Los informes se pueden confrontar en: <http://www.defensoria.gob.pe/inform-defensoriales.php>)

²¹ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) estudio realizado por CARRANZA ELIAS, “Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe, situación y respuestas posibles” 2001. Nosotros lo citamos de RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio “Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina, CEJA, 2007, p 18.

²² ZAFARONI, Raúl Eugenio en Infancia y Poder Punitivo, en Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF, Buenos Aires, 2003, p 86. La investigación a la que nos referimos es la Tesis de Maestría sustentada en la Universidad Nacional de San Marcos “El debido proceso y la Justicia Penal Juvenil”

Este carácter selectivo y estigmatizante de la sanción penal en la Justicia Penal Juvenil, no sólo permanece en caso que el adolescente siendo adulto reincida, sino que además la etiqueta de “encarcelado” puesta desde temprana edad, hace mucho más complejo la posibilidad de reinserción social, pues al problema que el encierro del Sistema Penal Juvenil no resolvió se le suman las graves deficiencias carcelarias: hacinamiento, el dominio de la cárcel por parte de la sub cultura, la agudización de los problemas de violencia y drogas, lo cual nos hace pensar que nuestra sociedad únicamente “inocuaiza” a sus “enemigos” mediante la aplicación de las practicas neoretributivas.

Cuando el garantismo no es suficiente para evitar el Neoretribucionismo



El cambio de perspectiva de la Doctrina de la Protección integral²³, sobre el modelo tutelar o de la Situación Irregular, consiste de modo fundamental en que los niños y adolescentes, ya no son objetos de compasión y de represión sino que son sujetos de derechos. Ser sujeto de derechos, trae como consecuencia, a partir de determinada edad (14 años en nuestra legislación), también ser sujeto de responsabilidad penal y por lo tanto pasible de sanciones a las que nuestro ordenamiento legal llama “medidas socioeducativas”²⁴.

Así, en el Perú al adolescente mayor de catorce años que infringe la ley ya sea como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal, luego de un debido proceso se le aplican medidas socio educativas del mismo modo que al adulto penas. Esto significa que tanto las penas como la medidas socio educativas son la respuesta del “Ius Puniendi estatal”, entendido éste como la facultad del Estado de intervenir y sancionar (luego de un debido proceso) la comisión de ilícitos (típicos, antijurídicos y culpables) y como tales, ambas encuentran su justificación en la idea que tenga el Estado sobre la finalidad de las sanciones que aplica (retributiva, preventiva general, especial, positiva o negativa).

No obstante, el Sistema Penal de Adultos y la Justicia Penal Juvenil difieren notablemente en reglas procesales, sistema y monto de sanciones, así como lugar de ejecución.²⁵ Por ello, si bien debemos dejar claro que cuando nos referimos a la

²³ Podemos reconocer las características centrales del Modelo de Protección Integral, leyendo a contrario las características del Modelo Tutelar a las cuales nos hemos referido en el Caso Gault de la lección anterior.

²⁴ Debajo de esta edad, los adolescentes no sólo son penalmente inimputables; sino penalmente irresponsables. La doctrina de la Protección integral se caracteriza por la separación del ámbito de protección del ámbito de sanción.

²⁵ Cfr GARCIA MENDEZ, Emilio “Infancia de los Derechos y de la Justicia” Editores el Puerto, Buenos Aires, 2004, p 192.

Justicia Penal Juvenil, estamos hablando de responsabilidad, el sistema penal de adolescentes no debe ni puede ser comparable al sistema penal de adultos. Pues si bien le son aplicables todas las garantías sustantivas y procesales, propias de un derecho penal de acto antes, durante y luego del proceso judicial, no debe perderse de vista el principio educativo, consecuencia inmediata de su interés superior, el cual marca una diferencia notable con el sistema penal de adultos.

Las garantías no son suficientes para dejar de ser retributivo, para evitar “matar gorriones con cañones” mediante la utilización indiscriminada de la privación de la libertad, hace falta juntar al garantismo un enfoque educativo.

Nada más retributivo que la cadena perpetua, pues la sanción de por vida no puede contener en sí misma una finalidad distinta que devolver el mal por mal. En los Estados Unidos, según Human Rights Watch y Amnistía Internacional hay por lo menos 2225 personas cumpliendo cadena perpetua sin libertad condicional por delitos que fueron cometidos cuando aún no habían cumplido los 18 años de edad²⁶.

Al respecto, Binder señala que la pena concreta debe demostrar que tiene una probabilidad razonable de producir algún bien social, y que pese a que indudablemente se trata de un castigo, un mal que recae sobre una persona, esta persona recibirá al menos algún beneficio para la vida en libertad. Asimismo sostiene que cuando no hay una utilidad admisible no tiene que ser utilizada²⁷.

La privación de libertad, es la última ratio, dice la teoría que sustenta el Derecho Penal mínimo, propio de los Estados constitucionales de Derecho, si así debe ser para los adultos, con mayor razón para adolescentes y no sólo por el grado de aflicción y estigmatización que implica, sino también por el escaso nivel de efectividad que en el logro de su fin resocializador ha demostrado.

Pepa Bueno, presentadora de TV puso esto en un testimonio, que bien puede servirnos de reflexión final: “¿Te acuerdas de los veranos de tu infancia y tu adolescencia? Me dijo Emilio Calatayud la primera vez que lo entrevisté. Y siguió: ¿Eran eternos verdad? Tres meses a los 12 o a los 15 años son toda una vida. El tiempo a esa edad corre de otra manera. ¿Cómo no tenerlo en cuenta a la hora de condenar a un menor?”²⁸

²⁶ Cfr JUSTICIA PARA CRECER, N° 1, Diciembre del 2005, Enero del 2006, p 24-25.

²⁷ BINDER, Alberto, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Op Cit, p 70.

²⁸ CALATAYUD, Emilio y MORAN, Carlos (2008) “Mis sentencias ejemplares”, Editorial la esfera de los libros, Madrid, Segunda Edición, p 232

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Llena el siguiente cuadro, comparativo entre las características que tienen el Modelo Retributivo y el Modelo de Justicia que aplicamos en la actualidad

CARACTERÍSTICAS	MODELO RETRIBUCIONISTA	MODELO ACTUAL
Incremento de las sanciones penales.		
Creación de nuevas figuras delictivas(pandillaje)		
Utilización prioritaria de la Medida de internamiento.		
Disminución de la edad de responsabilidad penal.		

LECTURA



Hernández Alarcón, Christian “Comentarios al Decreto Legislativo 990 que modifica la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes referente al Pandillaje Pernicioso”

Objetivo: Constatar que en nuestra legislación actual apelamos a un derecho penal simbólico, que expresa un neoretribucionismo.

1. ¿Cuáles son los aciertos y desaciertos de la modificación legislativa contenida en el Decreto Legislativo N°990?
2. ¿Qué indicadores tenemos de la presencia del Modelo Retribucionista en nuestra legislación?
3. La forma como en la actualidad se está aplicando las medidas de protección a los menores de catorce años, que han cometido infracción a la Ley Penal es tutelarismo o retribucionismo?
4. ¿Qué puede hacer el operador en cada caso concreto para evitar ser retribucionista?

TEMA 03

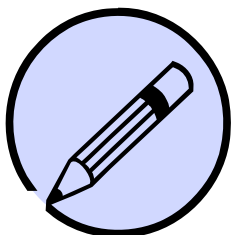
LOS MODELOS DE JUSTICIA DISEÑADOS EN
NUESTRA LEGISLACIÓN

*“El derecho es una forma de regulación de lo que en la realidad social se puede calificar de contingente:
o sea que puede ser y puede no ser, dependiendo no de la naturaleza; sino de las acciones y las actitudes de las personas”*

Alessandro Baratta

Punto de partida: “EL ENCUENTRO DE ALBERTO Y ADEMIR CON LA JUSTICIA”²⁹

El 5 de junio de 2002, en la ciudad de Pisco, personal policial recibió la denuncia de César Héctor por el hurto de una serie de animales de corral de su propiedad entre los que se encontraban: 5 gallos de pelea, cuatro gallinas finas, 32 conejos y un cachorro boxer. César Héctor contó a la Policía que tenía “sospechas” de dos adolescentes que se dedicaban a lustrar zapatos en la plaza pública.



Tres días después, la policía interviene a dos lustrabotas de la plaza de armas de Pisco: Alberto de 14 años y Ademir de 13 años de edad³⁰, quienes en su declaración prestada en la comisaría con la participación de la Representante del Ministerio Público, sin la participación de sus padres, aceptaron en parte los cargos que se les imputaba, precisando que es verdad que ingresaron al corral de propiedad del agraviado, sin embargo, no sustrajeron la cantidad señalada sino 5 gallos, dos conejos, dos gallinas habiéndolas vendido por un monto total de 35 soles que se dividieron por la mitad y que el perro boxer se les escapó y que no saben de su paradero.

Con la información recabada la policía intervino la casa de la señora Eufracia (mamá de Ademir) en la que se encontró 3 gallos de pelea, dos gallinas y un conejo; devolviendo las especies a su propietario, elevando un Informe Policial el

²⁹ El presente caso es real, corresponde al expediente 183505-2002-00243, tramitado ante el Quinto Juzgado de Familia de Lima. Sin embargo, algunos datos del expediente han sido cambiados a fin de preservar la identidad de los adolescentes implicados.

³⁰ Hay que recordar que en ese momento la responsabilidad penal del adolescente comenzaba a los 12 años, no como es en la actualidad a los 14 años.

mismo que fue remitido a la Fiscalía poniendo “a disposición” a los adolescentes físicamente, la misma que formalizó la denuncia respectiva ante el Juzgado de Familia de Pisco, por “hurto agravado de animales domésticos y de corral, tipificando la conducta en los alcances del artículo 186 incisos 1, 3 y 6 del Código Penal³¹.

El Juzgado de Familia de Pisco promovió acción penal contra los adolescentes denunciados con la misma tipificación penal, determinando la condición procesal de internamiento preventivo en el Centro de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima, fundamentando entre otros aspectos en el hecho de que no era la primera vez que los adolescentes cometían estas conductas, que incluso en ocasión anterior habían ingresado al domicilio del mayor PNP de Pisco, precisando además que el hurto había sido de forma sistemática sustentando jurídicamente la medida decretada en el cumplimiento de los presupuestos señalados en el artículo 209 y 211 del CNA³². En la misma resolución, el juzgado de Pisco se inhibió de los actuados y remitió el expediente a la Mesa de Partes Unica de los Juzgados de Familia de Lima, debido a que en la ciudad de Pisco no hay Centro de Diagnóstico. Esta decisión la realizó al amparo de la Resolución 074 CME- PJ que ordena que los juzgados de Familia de Lima se avoquen a los actuados y procesen a los adolescentes de provincias con mandato de internamiento y autoriza su itinerancia al lugar en el que se produjeron los hechos para la Realización de la Diligencia Unica de Esclarecimiento de los Hechos.

El abogado de los adolescentes interpone un recurso de apelación contra el mandato de internamiento decretado, el mismo que es proveído “Dése cuenta por el juzgado competente por haberse ya inhibido el juzgado de Pisco”.

Los adolescentes son inmediatamente trasladados, pero recién 15 días después llega el expediente a la Mesa de partes del Juzgado de Familia de Lima, el cual emite una resolución de avocamiento y señala Diligencia para después de un mes en la ciudad de Pisco, y dando cuenta de la apelación interpuesta eleva el incidente de apelación el mismo que cinco días después recibe la Sala de Familia para resolver.

³¹ "Artículo 186.- El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. En casa habitada.
3. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
6. Mediante el concurso de dos o más personas”.

³² Artículo 209.- Internamiento preventivo.- El internamiento preventivo, debidamente motivado, sólo puede decretarse cuando existan:

- a) Suficientes elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor;
- b) Riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso; y
- c) Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

Artículo 211.- Internación.- La internación preventiva se cumplirá en el Centro de Observación y Diagnóstico del Poder Judicial, donde un Equipo Multidisciplinario evaluará la situación del adolescente. El Estado garantiza la seguridad del adolescente infractor internado en sus establecimientos.



¿Conforme a lo expuesto en el caso ¿Nuestro ordenamiento legal ha diseñado un modelo tutelarista o retributivo? ¿Los operadores jurídicos que intervinieron en el caso, qué modelo de Justicia mostraron a Alberto y a su amigo Ademir, tutelarista o retributivo? ¿Qué rol cumple el operador en la configuración de un modelo de justicia? En esta lección trataremos de dar respuesta a éstas interrogantes.

La adecuación legal progresiva al Modelo de Justicia de la Protección Integral



La aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, exigió la adecuación y adscripción de nuestra legislación a la Doctrina de la Protección Integral que la sustenta y la superación del Paradigma Tutelar, cuyas características analizamos, con el caso Gault en la primera lección.

Existen cinco instrumentos básicos que contienen los lineamientos de la Intervención Penal Juvenil conforme a la Doctrina de la Protección Integral los cuales en orden cronológico son:

1. Las Reglas Mínimas de Las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985, Las Reglas de Beijing,(RB)
2. La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) del 20 de noviembre de 1989. Especialmente los artículos 12, 37 y 40.
3. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptada en la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.(RNUPMPL)
4. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (directrices de Riadh) Adoptadas y Proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 (DR)
5. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la Libertad (reglas de Tokio) adoptadas por Resolución 45/110 de la Asamblea General.

La Convención es para nuestro Estado, vinculante y tiene rango Constitucional (por ser un tratado sobre Derechos Humanos). Asimismo, es de aplicación directa e

inmediata. Por otro lado, la Convención, forma con nuestra Constitución y los demás Tratados Internacionales un “bloque de constitucionalidad”, en la medida que no se puede interpretar la Constitución, sin la Convención. Del mismo, modo obliga a que las normas de menor rango sean interpretadas y aplicadas desde este bloque de constitucionalidad.³³

La inobservancia de los Derechos que reconoce, genera responsabilidad que agotada la vía interna puede ser exigida ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁴. Así la Convención, exige una adecuación sustancial y procesal de la Justicia Penal Juvenil de cada país que ha suscrito la Convención a la Doctrina de la Protección Integral.

Sin embargo, esta adecuación a nivel latinoamericano no ha sido uniforme ni ha estado exenta de dificultades, de marchas y contra marchas pues muchas de las legislaciones, entre ellas la nuestra, pese a la intención de concordar el marco interno con el internacional, ha mostrado serias contradicciones de técnica legislativa, tal es el caso de la regulación del pandillaje pernicioso, figura delictiva configurada con una alta dosis de retribucionismo. Asimismo, encontramos también rezagos de tutelarismo, en normas como el artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes³⁵, el cual permite el “internamiento preventivo” (detención) como medida coercitiva personal, por hechos por los cuales un adulto nunca lo estaría, al no considerar la “gravedad” del hecho como uno de los elementos que debe exigirse de modo copulativo para su acuerdo. Igual suerte, corre el artículo Art. 236 inciso b. Código de los Niños y Adolescentes³⁶ al señalar como criterio para la aplicación del internamiento como medida socio educativa la reiteración en la perpetración de otras infracciones coloca a la justicia penal juvenil peruana dentro de un derecho penal de autor, lo cual pone de manifiesto la supervivencia de rasgos correccionalistas y autoritarios en nuestra legislación (neo-tutelares).

³³ Las otras normas internacionales, si bien no tienen fuerza vinculante sirven en la interpretación de los tratados y en la implementación de las políticas públicas. Asimismo, en nuestra legislación pueden ingresar por los llamados derechos fundamentales innominados cuya regulación contempla nuestra constitución en su artículo 3 “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”

³⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los alcances de la Convención en la Opinión Consultiva OC-17-2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de agosto del 2002. Asimismo, ha condenado a Guatemala en el Caso “Villagrán Morales” y a nuestro país Perú en el caso “Gomez Paquiyauri”

³⁵ Artículo 209.- Internamiento preventivo.- El internamiento preventivo, debidamente motivado, sólo puede decretarse cuando existan: a) Suficientes elementos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor; b) Riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso; y c) Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

³⁶ Artículo 236.- Aplicación de la Internación.-La Internación sólo podrá aplicarse cuando: a) Se trate de un acto infractor doloso, que se encuentre tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años; b) Por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves; y c) Por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta.

Un obstáculo adicional para la adecuación legal a la Doctrina de la Protección Integral es el mantenimiento del sistema procesal inquisitivo y autoritario en la Justicia Penal Juvenil ahondado por características particulares del sujeto activo:³⁷

El juez dirige la investigación ordenando en el auto cabeza de proceso la actuación de las diligencias necesarias. Los medios probatorios de la defensa se pueden presentar hasta cinco días antes de la Diligencia Única de esclarecimiento de los hechos. Antes de ella, el adolescente únicamente ha declarado ante el juez y sólo volverá a participar en la Diligencia en su autodefensa o en alguna confrontación si esta es solicitada por alguna de las partes.

El adolescente desconoce los elementos que fundamentan la incriminación penal, pues la Diligencia comienza con la declaración del agraviado sin que el Ministerio Público haya oralizado la acusación. No tiene tampoco posibilidad de conocerla al realizarse el dictamen por escrito luego de la actuación de los medios probatorios sin participación alguna del adolescente. Asimismo, al notificársele la sentencia por tratarse de medida socio-educativa distinta al internamiento, se concreta la violación al debido proceso, al ser sancionado en ausencia y dentro de un proceso en el que escasamente ha participado.

Por todo lo expuesto, consideramos que muchas de las cosas que plantea la Convención aún no se han logrado, pues la realidad y la práctica de los operadores cambian con mucha lentitud. Por eso, podemos hablar con propiedad más de una adecuación legal, a la convención que una adecuación material, la cual es aún un objetivo a lograr.

El Modelo de Justicia Propuesto por la Convención y la observancia del debido proceso

La Doctrina de la Protección Integral, se sustenta en el reconocimiento de la infancia (desde la concepción hasta los 18 años, no cumplidos), como una categoría jurídica diferenciada dentro de la humanidad. La cual si bien comparte la ciudadanía plena y como tal es titular de todos los Derechos Humanos, goza además de los llamados “Derechos Humanos Específicos” acordes a su edad y desarrollo. Así, desde determinada edad responde penalmente de sus actos, pero dentro de un Sistema de

³⁷ Aquí es perfectamente válida la afirmación de Mary Belof, de que los sistemas inquisitivos y tutelares se han alimentado recíprocamente. Cfr BELOFF, Mary, “Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano” Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p 28.

Justicia distinto al de adultos, donde se tienen que observar todos los derechos sustantivos y procesales que le asisten, dentro de una concepción de “doble garantía”, que no es otra cosa que la adecuación de las garantías que tiene todo ser humano a la situación específica en la que se encuentra el adolescente, pues si bien todos tienen derechos, no todos se encuentran en condiciones de ejercerlos del mismo modo.

Un ejemplo de “doble garantía” o “aplicación específica” recogido en nuestra legislación es la exigencia de la presencia de los padres en la declaración de los adolescentes adicionalmente a la del abogado defensor y el fiscal (Art. 203 CNA), así como la notificación de la sentencia a los mismos (Art. 219 CNA). La “ratio legis” de estas normas, se encuentra en que si bien para un adulto, recibiendo la declaración o notificándole a él sobre la decisión jurisdiccional se garantiza su derecho de defensa, en el caso de un adolescente el ejercicio de su derecho de defensa se encuentra condicionado a su capacidad de comprensión de las actuaciones y diligencias para cuyo efecto necesita tener alguna persona de confianza, que contribuya en la comprensión de las actuaciones procesales y en el ejercicio de sus derechos humanos específicos.

Todo encuentro de un adolescente con el Sistema de Justicia en el Modelo de Protección Integral debe ser en primer lugar³⁸, respetuoso de los derechos que le asisten, en especial del debido proceso. Sin el respeto de sus garantías (antes, durante y luego del proceso), no podemos sostener que dicho Modelo se encuentra dentro de la Protección Integral.

La Doctrina de la Protección Integral, exige que el Sistema de Justicia Penal Juvenil:

- Elimine los eufemismos y reconozca que la intervención al adolescente infractor es de naturaleza penal (Principio de Legalidad e interdicción de la arbitrariedad)
- Respeto irrestricto de las Garantías (pre procesales, procesales y de ejecución) en una concepción de doble garantía.
- No sólo la privación de la libertad es una excepción cuya aplicación debe evitarse al máximo; sino que todo el Sistema Penal debe ser de mínima intervención (sólo frente a las infracciones graves) y también de “última ratio” (cuando no se pueda resolver el problema fuera del sistema)
- Aplicación de criterios de oportunidad, que permitan salidas alternativas al Sistema Penal (Desjudicialización).
- Modelo Procesal y Sistema de Sanciones que sobre el castigo y la

³⁸ Señalamos, “en primer lugar”, pues ya vimos en la lección anterior que sólo garantías no son suficientes.

impunidad, ponderen el efecto educativo de la intervención (responsabilidad)

¿Con qué Modelo de Justicia se encuentran Alberto y Ademir?

Destaquemos algunos hechos que nos servirán para analizar el caso y responder esta interrogante

- La intervención de los adolescentes, se produjo sin mandato judicial. Esta vulneración de derechos es avalada por la Fiscalía.
- La Declaración que prestan a nivel policial se efectuó sin la presencia de sus padres
- El juzgado dispone internamiento preventivo (detención) por un hecho por el cual un adulto, jamás sería detenido, la medida coercitiva es totalmente desproporcionada a la imputación que se hace sobre ellos. Además está motivada en que “no era la primera vez que lo hacían”
- El Juez natural no es respetado.
- Existe dilación en la vista del recurso impugnatorio frente a la medida coercitiva.

Señala otros elementos adicionales que consideres relevantes en el caso

Ahora responde ¿Qué Modelo de Justicia encontraron Alberto y Ademir? ¿Por qué?

El Rol de los operadores en la configuración del Modelo de Justicia



El año 1999, nuestra legislación no reconocía de modo específico la prescripción de la medida socioeducativa. Sin embargo muchos jueces aplicando en forma supletoria el Código Penal, declaraban prescritas las medidas impuestas a los adolescentes si había transcurrido los plazos de prescripción fijados por la legislación penal³⁹.

³⁹ Cfr Arts. 80 y ss del Código Penal.

La parte agraviada, que a la sazón era el Procurador del Ministerio del Interior, pues la infracción a la Ley Penal cometida era contra la tranquilidad pública, interpuso apelación ante la declaración de prescripción de una medida socioeducativa impuesta a un adolescente, que había sido declarada prescrita, señalando que la medida socioeducativa era imprescriptible.

La Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 29 de setiembre de 1999, en la sentencia de vista del Expediente 183505-1998-0274, del Quinto Juzgado de Familia, declaró nula la resolución que amparó la prescripción de la medida socio educativa señalando entre sus fundamentos: que *“1) Conforme lo señala el inciso c, del artículo 227 del Código de los Niños y adolescentes, la sentencia tratándose de la comisión de hechos delictuosos por menores y adolescentes debe contener una medida socio educativa que se imponga y no se le impone una pena. 2) Las Medidas Socio educativas aplicables a los menores y adolescentes, por su naturaleza no son prescribibles”*.

La Fiscalía Superior de Familia de Lima, el dictamen 350-99 del 22 de setiembre de 1999, manteniendo el mismo razonamiento y previo a la resolución comentada señaló *“...que se debe tener en cuenta que la sanción penal tiene una naturaleza jurídica y una finalidad distinta a la medida socio educativa para los adolescentes, ésta última no es una sanción sino debe entenderse que es un medio por el cual se quiere reeducar al adolescente infractor para su beneficio y reinserción en la sociedad”*.

Ambas decisiones de los magistrados superiores de nuestro poder judicial relativamente recientes expresan sin lugar a dudas una visión tutelar de la justicia penal juvenil en el poder judicial y el Ministerio Público, donde una de las expresiones más frecuentes de su visión asistencial, es el uso reiterado de eufemismos con los que se pretende encubrir que se está juzgado a un adolescente responsable penalmente por sus actos y pasible de sanciones si es hallado responsable.

Un Sistema de Justicia, no es sólo norma jurídica, es de modo fundamental práctica jurídica. El operador (fiscal o juez) interpreta y aplica la norma prefigurada en el Modelo de acuerdo a la cultura jurídica que tiene. Así, su cultura tutelar o retributiva hace, que éstos modelos superados desde el punto de vista teórico pervivan.

En el cambio y superación de los Modelos tutelares y retributivos, la modificación legislativa, es sólo la primera batalla, la guerra se ganará cuando en el conflicto entre la cultura neotutelar y neoretribucionista con la cultura de

la Doctrina de la Protección Integral, las prácticas jurídicas de ésta reemplacen a las anteriores.

El Retribucionismo dio paso al Tutelarismo y éste a la Doctrina de la Protección Integral, pero su instauración depende de personas, sin ellas sólo tenemos “lo viejo, dentro de lo nuevo”. Somos nosotros, los operadores, quienes definimos con “nuestras acciones y actitudes” el Modelo de Justicia que se aplica en la Justicia Penal Juvenil. Cabe preguntarnos ahora ¿Cuál es el modelo de Justicia Penal Juvenil al que se adscribe nuestra práctica jurídica? ¿Estamos satisfechos con lo que estamos logrando hasta el momento en nuestro trabajo?

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Llena el siguiente cuadro, comparativo entre las características que tiene el Modelo Retributivo, el Modelo Tutelar y el de la Doctrina de la Protección Integral. Luego indica los elementos que subsisten de ambos modelos (tutelar y retributivo) en el Modelo de Justicia Penal Juvenil peruano.

Modelo Tutelar	Modelo Retributivo	Modelo de la Protección Integral	Modelo de Justicia Penal Juvenil Peruano

LECTURA



Beloff Mary “Los Adolescentes y el Sistema Penal” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Año 6, N° 1, 2005, páginas 97-122.

Objetivo: Identificar los rasgos centrales del Modelo de Protección integral y completar el cuadro comparativo de las formas de hacer justicia en el Perú frente a los adolescentes en conflicto con la Ley Penal.

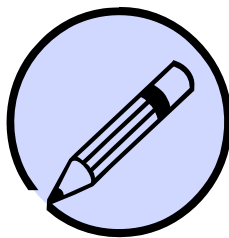
1. ¿Existe alguna relación entre el modelo procesal inquisitivo y la doctrina tutelar?
2. ¿Es suficiente la reforma legal para provocar el cambio social y el abandono del modelo tutelar o retributivo?
3. ¿Cuáles son los presupuestos normativos básicos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sobre los cuales se sustenta la Justicia Penal Juvenil?
4. ¿Qué características debe tener un Modelo de Justicia para estar acorde con la Doctrina de la Protección Integral?

TEMA 04

¿POR QUÉ UNA JUSTICIA RESTAURATIVA

“Cuando al menor infractor se lo priva de su libertad, no está en la cárcel, la resolución del juez que ordena encerrarlo o imponerle otra sanción no es sentencia y el proceso, no es un proceso penal; sino un trámite reeducativo (...) Si vamos a sustituir la hipocresía de la tutela por la hipocresía de las garantías poco habremos ganado. Pero existe otro camino, una recuperación del ideal tutelar y un garantismo eficaz con capacidad para combatir dinámica y enérgicamente la dureza de una sociedad ya experimentada en el ejercicio de la crueldad”

Alberto Binder⁴⁰



Punto de partida: Una experiencia distinta

Olga Salazar Psicóloga y Coordinadora del Proyecto Piloto de Justicia Juvenil Restaurativa de Terre des Hommes y Encuentros Casa de la Juventud, nos narra una experiencia⁴¹:

“Este es el caso de un adolescente de 17 años de edad que había sido detenido por haber ocasionado lesiones de moderada gravedad a otro joven del barrio. Sin embargo, nunca antes había tenido problemas con la ley, trabajaba apoyando a su familia y mostrando una actitud responsable ante lo ocurrido.

La comunicación y presencia oportuna del abogado del proyecto y de los padres del adolescente permitieron una valoración más objetiva de los hechos y de las condiciones de apoyo familiar, lográndose como resultado que el operador de justicia, en este caso el fiscal confiara la custodia a los padres mientras durase la investigación respectiva.

*Actualmente, el adolescente **sigue trabajando para apoyar a su familia**, asiste a sesiones de orientación con el equipo del proyecto y ha participado en un **proceso de mediación con el agraviado** haciéndose **responsable por lo ocurrido** y **comprometiéndose a resarcir el daño causado, pagando los gastos médicos ocasionados**. El equipo de defensa ha optado por proponer la desjudicialización del caso y solicitar la Remisión Fiscal, que está pronta a decidirse”*

⁴⁰ BINDER Alberto “Menor Infractor y proceso...¿penal? Un modelo para armar”

⁴¹ SALAZAR, Olga “Colaborando con la Justicia en Libertad”, Justicia para crecer, N° 4 Octubre-Diciembre 2006, p 18.



¿Cuál es la diferencia entre el modo como operó la justicia en este caso y los modelos anteriormente analizados? ¿Esta forma de proceder y el resultado obtenido, podría entenderse que se encuentran dentro de los alcances de la justicia restaurativa? ¿Qué podemos entender por Justicia Restaurativa? ¿Sobre qué dimensiones sienta las bases de su filosofía? ¿Cuáles son sus principios? ¿Cuáles son las ventajas de la Justicia Restaurativa frente a la Justicia Tutelar y Retributiva?

Experiencias distintas: Resultados distintos



En la lección anterior hemos podido constatar que el Modelo de Justicia que en la actualidad tenemos puede tener, según nuestras prácticas, rasgos retributivos o tutelares frente al adolescente que infringe la Ley Penal, los cuales además de favorecer la vulneración de sus derechos fundamentales, disminuyen las **posibilidades de asumir su responsabilidad** frente a los hechos y dificultan su **reinserción** en la **comunidad**, la cual se mantiene **al margen** de lo que ha pasado y tampoco asume su responsabilidad frente al adolescente y su futuro.

Esta situación se agrava, si la **víctima** a quien el Ministerio Público le ha “expropiado el conflicto”⁴², es únicamente utilizada como objeto de información, no es respetada en sus derechos **ni reparada** de modo integral del perjuicio que ha sufrido.

Sin embargo, el caso “Una experiencia distinta”, que hemos presentado al inicio de esta lección nos muestra un Modelo de Justicia Restaurativa con resultados totalmente diferentes, pues el adolescente asumió su **responsabilidad** frente a los hechos, se **comprometió a reparar el perjuicio ocasionado a la víctima**, con la que además participó en un proceso de mediación y para poner la “cereza” sobre la torta, continúa trabajando y ayudando a su familia además de asistir a las sesiones de orientación en el proyecto, es decir **se está reintegrando como una persona útil dentro de su comunidad**.

Tres actores, tres corrientes: Una filosofía que integra tres dimensiones

Hemos podido constatar, que hay **tres actores** claves en la justicia penal juvenil (adolescente, víctima y comunidad) cuyo rol cambia totalmente entre los modelos de justicia tradicional (tutelar-retributivo) y el modelo de justicia restaurativa. El modo

⁴² CHRISTIE, Nilss “Los Conflictos como pertenencia” en De los delitos y de las víctimas. Editorial Ad Hoc, SRL Buenos Aires, 1992, p 162.

distinto de hacer las cosas que intenta llevar a cabo la Justicia Restaurativa, se basa tanto en el fracaso de la Justicia vindicativa como de la puramente rehabilitadora.

Tres corrientes de pensamiento han confluído desde diversas perspectivas para tomar conciencia de este fracaso y propiciar el surgimiento de la Justicia Restaurativa, lo que explica su carácter integral redimensionado el enfoque y el rol de cada uno de éstos actores: ⁴³.

a) Incapacidad del Sistema Penal: La crisis de la forma tradicional de resolver los conflictos que ha insistido en la necesidad de buscar soluciones alternativas con mayor intervención de la **comunidad**, la cual debe “hacerse cargo” en forma directa de éstos conflictos, pues al fin y al cabo la persona que ha delinquido es un producto de una comunidad determinada, la cual debe ser involucrada pues es al mismo tiempo que es corresponsable de lo que ha sucedido, debe participar le interesa la solución pues es también víctima indirecta (tiene comunidad de daño con la víctima directa) o es víctima potencial⁴⁴.

Por otro lado, teniendo en cuenta que los sistemas penales responde a determinado Modelo de estado, las democracias modernas en la actualidad habiendo superado el asistencialismo del estado de bienestar, se caracterizan más bien por ser “democracias participativas” que buscan un el consenso manteniendo un control participativo y descentralizado, para así superar la crisis de legitimidad lo que en palabras de Habermas, se reconoce como “derecho reflexivo”⁴⁵

b) La “Victimología”, que denunciando el olvido en el que el sistema de justicia ha tenido a la víctima, replantea su intervención de modo activo, pues el delito además de ser una trasgresión de la ley cuya sanción le interesa a la sociedad, es la ofensa de una persona a otra persona, la intervención penal actual no ve el delito como un conflicto por ello responde con la pena, la cual no satisface ni a la comunidad ni a la

⁴³ KELMEMAJER, Aída “Justicia Restaurativa” Op Cit, p 119 La autora señala que la confluencia de estas tres corrientes para su aplicación explica su ambigüedad y dificultad para determinar su naturaleza jurídica. Hay quienes puede decir que estamos ante una propuesta ecléctica, y no dejan de tener razón, yo prefiero llamarle integral, pues en todo caso toma en cuenta todos los actores y dimensiones inmersas en el conflicto integrándolas en una nueva propuesta.

⁴⁴ Cesar Herrero señala que la justicia restaurativa no es algo absolutamente novedoso, pues se ha desarrollado a partir de las críticas del sistema penal y de su administración (Cfr HERRERO HERERO, César “Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico”, Dykinson, Madrid, 2005 p 231). Es interesante la posición constructiva de Ceretti quien destaca la que llama “crisis legicéntrica” del derecho, puesta de manifiesto en la difícil adaptabilidad del sistema jurídico (centralizado y formalista) frente a la complejidad de los vínculos sociales y a la demanda de una participación más activa por parte de los ciudadanos en la gestión directa. (Cfr CERETTI, Adolfo “Mediación Penal y Justicia. En-contrar una norma” en PEDRO R. DAVID (coordinador) “Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p 16 y ss)

⁴⁵ HABERMAS Jurgen, sostiene que el consenso puede ser alcanzado sin fuerza ni manipulación, pues sólo así el resultado de las deliberaciones tiene validez y legitimidad para la comunidad, filosofía que guarda concordancia con la Justicia Restaurativa. Sobre el particular ver KELMEMAJER, Aída Op cit p 181.

víctima, la cual debe ser satisfecha en todas las necesidades verdad, no impunidad, conocimiento, cambio y reparación incluyendo la garantía de no repetición ⁴⁶.

c) Los resultados alcanzados por las llamadas ideologías en RE o de Tratamiento: La corriente que denunció los efectos estigmatizantes y criminalizadores del Sistema Penal, el cual en vez de “rehabilitar” favorece la reincidencia, por la deficiente implementación de los sistemas de reinserción social⁴⁷.

El resultado: una filosofía “holística” que integra tres dimensiones, que la doctrina resume en las tres “R”: Responsabilidad del autor, Restauración de la víctima y Reintegración del infractor en la comunidad⁴⁸.

Sistema de Justicia Tradicional (tutelar- retributivo)	Tres actores	Justicia Restaurativa Tres Dimensiones
El adolescente luego de su encuentro con la justicia no sale más responsable	Adolescente	Responsabilidad , asumida libremente por el autor.
No repara a la víctima	Víctima	Restauración de la víctima que debe ser reparada.
No reinserta al adolescente en su comunidad, la cual no se implica.	Comunidad	Reintegración de los lazos y vínculos con una comunidad que se implica.

⁴⁶ La Victimología ha denunciado la expropiación del conflicto que le pertenece a la víctima en manos del Estado. Un estudio completo y actualizado sobre la evaluación del rol de la víctima en el proceso penal, podemos encontrar en SANZ HERMIDA, Agata, “Víctimas de delitos: Derechos, Protección y Asistencia” Iustel, Primera Edición, Madrid, 2009. Asimismo, es de reconocer que nuestra legislación incorpora ya una regulación distinta de los derechos de la víctima en el Nuevo Código Procesal Penal (Artículos 247 y ss)

⁴⁷ Existen numerosos trabajos que critican el encierro, destacamos el efectuado por GRANDJEAN, Annie y CAPPELAERE, Geert “Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades” UNICEF, Comité Español, Madrid, 2000, en este texto luego de analizar las consecuencias del encierro en los niños se plantean sus alternativas.

⁴⁸ Cfr KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida “Justicia Restaurativa” Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005, p 109-119. Esta autora utiliza el término “holístico” como sinónimo de integral, asimismo, citando a IGLESIA VILA, Marissa, en “El Problema de la Discreción Judicial”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p 184, explica que para el **holismo**, cuando emitimos un juicio sobre un fenómeno ponemos en relación con la experiencia no cada una de nuestras creencias; sino la totalidad de nuestras convicciones.

¿Qué es la Justicia Restaurativa?

Las diversas experiencias y enfoques hacen difícil asumir un concepto de la Justicia Restaurativa, la que a mí me gusta más por su sencillez e integralidad es la de Marian Liebman “La Justicia Restaurativa aspira restaurar el bienestar de las víctimas, agresores y la comunidad dañadas por el crimen, y así prevenir mayores ofensas”⁴⁹ Esta misma autora nos presenta una definición más descriptiva propuesta por el Consorcio de Justicia Restaurativa el año 2006 “La Justicia restaurativa trabaja para resolver conflictos y reparar daños, fomentando que quien ha causado los daños reconozca el impacto de lo que hizo y le da la oportunidad de repararlo, teniendo también que ha sufrido un daño la oportunidad de que el daño que le causaron sea reconocido y reparado”⁵⁰

La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, sobre Principios Básicos sobre utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal define a la Justicia Restaurativa como:

*“**Todo proceso** en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos, se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas*

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

*Por **partes**, se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participan en un proceso restaurativo.*

*Por **facilitador**, se entiende una persona cuya función es promover de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo”⁵¹*

⁴⁹ LIEBMAN, Marian “Restorative Justice” How it Works Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 25.

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ El texto completo de los principios se encuentran en la Página Web de la ONU- Consejo Económico Social, periodo de sesiones del 1° al 26 de julio del 2002.

El dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, aprobado el 15 de marzo del 2006, sobre la Justicia Restaurativa señala:

“Frente al concepto de Justicia Retributiva (pagar por el daño causado) ha emergido una concepción restaurativa o reparadora de la justicia (restorative justice) nacida con el movimiento político criminal a favor de la víctima – victimología- y la recuperación del papel de ésta en el proceso penal. La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva. La Justicia restaurativa, intenta proteger tanto el interés de la víctima (el ofensor debe reconocer el daño ocasionado a ésta y debe intentar repararlo) cuando el de la comunidad (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal) y el del imputado (no entrará en el circuito penal, pero le serán respetadas las garantías constitucionales)”⁵²

De las definiciones señaladas podemos establecer que los elementos claves que definen de modo sucesivo a la justicia restaurativa son⁵³:

- a) Involucra voluntaria y activamente al que ha cometido el delito, a la víctima y a la comunidad (mira las necesidades de todos, pues todos han sido afectados)
- b) Para resolver el conflicto, restablecer las relaciones quebradas, reparar el daño causado a la víctima y recuperar la paz de la comunidad. (responsabilidad, restauración y reintegración)
- c) Previniendo, que una situación similar vuelva a suceder.

⁵² Citado por MANZANARES SAMANIEGO, José Luis “Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 2007, p 24

⁵³ WRIGHT, Martín señala que la Justicia Restaurativa es un proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar ante la infracción y sus implicaciones para el futuro. Sus elementos esenciales son: I) participación comunitaria o pública, II) Participación de las partes; III) Colaboración entre las agencias, y IV) Orientación hacia la resolución del problema. Citado por KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída (2005), Justicia Restaurativa, p 110 -114.-

La razones del nombre: Justicia y del apellido: Restaurativa

Hablamos de “Justicia” en su acepción de “mecanismo de solución de conflictos” y le añadimos el adjetivo “restaurativa” para hacer referencia a un modo de alcanzarla restaurando todo lo que el conflicto ha dañado. En los últimos tiempos, alrededor del mundo se han venido implementando diversas experiencias restaurativas, con distintos enfoques en diversos ámbitos de la vida: Así muchos países han llevado adelante procesos restaurativos nacionales (comisiones de verdad y reconciliación), se han venido incorporando diversos aspectos de la Justicia Restaurativa, por medio de leyes (Ejemplo Colombia) o simplemente mediante prácticas o programas de intervención llenando los vacíos existentes en las legislaciones nacionales (gestión de las salidas alternativas en la justicia penal juvenil y de adultos, así como en la ejecución de las sanciones penales) e incluso se han implementado prácticas restaurativas como mecanismo de intervención preventiva en la disciplina escolar.

Podemos señalar por ello, que no hay un “modelo” de Justicia Restaurativa, sino más bien un conjunto de experiencias que luego de ensayo y error, se han venido sistematizando y recogiendo, por lo que aunque no todas experiencias han logrado implementar todos los elementos de la Justicia Restaurativa, podemos advertir que existe ya un movimiento mundial en pro de un cambio en el modo de hacer justicia que no tiene vuelta atrás.

La diversidad de enfoques y prácticas, se pone de manifiesto en las dificultades que se han tenido que superar para la adopción del término justicia restaurativa, pues había antes quienes preferían justicia reparadora o retributiva (por el énfasis en la reparación de las víctimas o restitución de lo que han perdido), reintegrativa (por la reintegración tanto de la víctima como del ofensor dentro de la comunidad), transformativa (cambio del crimen en algo distinto), para finalmente imponerse en Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, el término “restorative justice” o “justicia restaurativa” el cual es el que hoy en día tiene mayor consenso porque su amplitud y generalidad integra sin dificultades todas el espectro de prácticas y experiencias.

Algunos procesos Restaurativos

Mediación Cuando un tercero imparcial ayuda a la víctima y al ofensor a llegar a un acuerdo. En la mediación son las partes quienes logran el acuerdo el mediador facilita que logren satisfechos sus intereses.

La mediación se puede efectuar de modo directo (reunión del ofensor y la víctima) o de modo indirecto, por medio de una tercera persona. Con la mediación se logra la comprensión de ambas partes y también reparaciones materiales

Reparación Cuando el autor del delito ejecuta un acto con el cual repara directamente a la víctima (una modalidad es el servicio personal) o indirectamente a la comunidad, por medio de la prestación de servicios

Conferencias Restaurativas (reuniones)

Es una reunión de víctimas, autores de delitos y personas de la comunidad para propiciar el diálogo y tal vez algún tipo de acuerdo. Interviene el autor y su grupo, así como la víctima con su propio grupo

Conferencias de grupos familiares

La familia del autor participa estableciendo un compromiso de asumir un plan viable de reparación, pueden participar también la familia de las víctimas

Encuentros de autores de delitos y víctimas

Grupos donde los autores se encuentran por un número determinado de sesiones con víctimas que han sufrido las consecuencias de delitos similares a los que han cometido. Así mediante el trabajo en grupos pequeños se les muestran los efectos negativos que el delito les ha causado en sus vidas.

Trabajo para la concientización y encuentro posterior

Es un trabajo sólo con agresores con la finalidad de hacerles tomar conciencia de los efectos de sus actos, sirve además para propiciar posteriormente un encuentro con la víctima.

Una variante de este trabajo se efectúa en las cárceles donde un grupo trabajando con los internos sobre la naturaleza del delito y sus consecuencias, los compromete a una serie de acciones reparativas que ellos van cumpliendo en un cierto plazo.

Círculos restaurativos

Son una experiencia diversa que puede ir desde la autoayuda de víctimas que comparten un delito en común, hasta mecanismos de justicia comunitaria que busca sanar las heridas dejadas por el delito, e incluso hasta los llamados círculos de sentencias donde el sistema penal sentencia oyendo a la comunidad.

Disculpa formal

Es una comunicación verbal o escrita en la que el autor declara ser responsable describiendo su propio delito.

Cabría preguntarnos ahora ¿Qué prácticas restaurativas serían posibles en nuestra legislación?

Fines que persigue la Justicia Restaurativa

*“Si un hombre tiene un por qué,
puede afrontar cualquier como”
Víctor Frankl⁵⁴*

Los especialistas han sistematizado ciertos principios-fines que persigue la Justicia Restaurativa.⁵⁵

1. Apoyo y recuperación de la víctima como prioridad.- El sistema tradicional está centrado en el imputado, la justicia restaurativa se centra en la víctima, en el respeto de sus derechos, se concentra en la satisfacción de sus necesidades y en el valor que ella tiene para la solución del conflicto.
2. Promueve la participación activa de quien ha cometido el ilícito, la víctima y la comunidad, para hacerse cargo de lo que ha pasado.
3. El que ha cometido el ilícito debe asumir en forma directa y completa la responsabilidad de lo que ha hecho. Asumir que lo que hizo estuvo mal, es el primer paso y el más importante en la Justicia Restaurativa (reparación simbólica), el siguiente es el compromiso o acto de reparación frente a la víctima o frente a la comunidad (reparación material directa o indirecta).
4. Propicia el encuentro, diálogo y reconciliación del infractor con la víctima y la reintegración de ambos a la comunidad, evitando que los roles (etiquetas) perduren luego de efectuada la reparación.
5. El compromiso comunitario para disminuir las causas del ilícito, por ejemplo ayudar al autor a superar el problema de drogas y evitar la reincidencia por medio de actividades preventivas realizadas por las distintas organizaciones de la comunidad.

Principios básicos establecidos por la ONU para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa (Resolución del Consejo Económico y Social ECOSOC 2002/12)

⁵⁴ FRANKL, Víctor, citado en FISCHMAN, David, “El Espejo del Líder”, UPC, Lima, 2000, pp 131.

⁵⁵ Utilizamos los señalados por Susan Sharpe como (Key Principles) y recogidos tanto por KELMEMAJER DE CARLUCCI, Justicia Restaurativa...cít., p 116, como por VASQUEZ BERMEJO, Oscar “¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa”, en Justicia para Crecer, Diciembre 2005, p 16-17. Asimismo, utilizamos los señalados por LIEBMAN, María en “Restorative Justice, How it works”, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 26-27

La Justicia Restaurativa no ha sido una teoría que se ha llevado a la práctica, por el contrario, se basa fundamentalmente en experiencias prácticas que exportadas por el éxito que tuvieron, han tenido que ser contextualizadas y adaptadas a diversas realidades (jurídicas, sociales y culturales). La teoría ha llegado después y ha intentado sistematizar estas experiencias extrayendo sus elementos y características comunes, pero ha tenido una dificultad, que a la vez es una nota característica de la riqueza del movimiento restaurativo: la flexibilidad e innovación.

Por esta razón el Consejo Económico Social de la ONU, en los Principios básicos para la aplicación de los programas de Justicia Restaurativa (Resolución 2002/12) se ha cuidado en no ser excesivamente reglamentario, evitando definiciones demasiado estrechas que impidieran su evolución natural.

Esto no significa que esta resolución no responda a un estudio minucioso, por el contrario, este documento ha sido elaborado como producto de un lento proceso que se inició con la emisión de la Resolución 1999/16 sobre “Elaboración y aplicación de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal”, y que posteriormente se consolidó con la Resolución 2000/14 mediante la cual se abordaron los “Principios básicos sobre utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal”, por lo que habiéndose acumulado experiencias en la implementación de programas y recibido los aportes de distintos estados, instituciones, asociaciones no gubernamentales involucradas, así como el aporte de los debates sostenidos en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y tratamiento del delincuente se emitió la Resolución 2002/12 alentando a los estados miembros que se basen en estos principios para la elaboración y gestión de programas de justicia restitutiva, se presten mutua asistencia en la implementación, intercambien experiencias e informen sobre éstas prácticas.

La Resolución 2002/12 reconoce que las iniciativas restaurativas se basan a menudo en formas de justicia tradicional y resalta que esta forma de hacer justicia es en realidad una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad e igualdad de las personas y promueve la cohesión social pues la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades favorecen el restablecimiento de la armonía social y previene la delincuencia.

Asimismo, considera que la justicia restaurativa, al mismo tiempo que permite que los afectados compartan sus sentimientos, atiendan sus necesidades (obtenan reparación y recuperen su sentido de seguridad), posibilita que los delincuentes comprendiendo las causas y los efectos de su comportamiento, puedan asumir una genuina responsabilidad de lo que hicieron.

De este modo ha formulado algunos principios que tienen la aspiración de ser útiles y válidos en el contexto de la amplia gama de tradiciones, leyes y prácticas de

justicia penal y los cuales no ponen en tela de juicio los derechos ni de la víctima ni del imputado reconocidos en la legislación nacional o supranacional. Hemos resumido el texto de este importante documento en 12 principios:

- 1) Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, salvo que la legislación nacional establezca lo contrario.
- 2) La voluntad del ofensor y de la víctima son fundamentales, así como la información detallada de los derechos que les asisten, la naturaleza del proceso, las consecuencias de su decisión de incorporarse a un programa restaurativo. No deben ser coaccionados ni inducidos para formar parte de procesos restaurativos o acepten resultados de procesos restaurativos, ni se les debe inducir a hacerlo por medios desleales. Pueden retirar su consentimiento en cualquier momento y los acuerdos a los que lleguen en forma voluntaria sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas⁵⁶.
- 3) Si bien la víctima y el delincuente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales que ocurrieron como base de su participación en un programa restaurativo, debe respetarse la presunción de inocencia del imputado, esto significa que no debe iniciarse el programa cuando no haya prueba suficiente que lo inculpe. Asimismo, su participación no debe ser tomada como admisión de culpabilidad en el proceso judicial.
- 4) Teniendo en cuenta que el delito en sí mismo, rompe el equilibrio entre las personas, deben tenerse en cuenta las diferencias de posiciones, así como las diferencias culturales. Por ello, las partes deben tener la posibilidad de contar con asesoramiento legal, servicios de traducción o interpretación. En caso de ser menores de edad, deben tener derecho a la asistencia de sus padres o tutores además de la asistencia técnica.
- 5) Debe tomarse en cuenta la seguridad de las partes al promover el ingreso de un caso a un programa restaurativo y al llevarlo a cabo.
- 6) Debe considerarse la posibilidad, cuando proceda, de que los acuerdos tomados en programas restaurativos, sean supervisados judicialmente o sean incorporados a decisiones judiciales. Cuando así suceda, los resultados de

⁵⁶ Si una de las partes no está disponible o no quiere participar, el Grupo de Expertos en Justicia Restaurativa reunidos en Ottawa del 29 de octubre al 1° de noviembre del 2001, recomienda, que en éstos casos se puede autorizar encuentros con integrantes de la comunidad, en lugar de víctimas concretas. En todo caso, consideran que son mejores las respuestas restaurativas a las opciones no restaurativas.

los programas restaurativos deben tener la misma categoría de cualquier sentencia judicial debiendo excluir la posibilidad de ser juzgado nuevamente por los mismos hechos. Las obligaciones asumidas deben ser razonables y proporcionadas.

- 7) La justicia restaurativa no es sustitutiva del sistema, es complementaria del mismo. Cuando los programas restaurativos no sean un recurso apropiado o posible el caso debe ser remitido a la justicia ordinaria para su decisión, por ejemplo cuando no se llegue a un acuerdo.⁵⁷ En estos casos, debe tomarse una decisión sin demora y alentarse la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad. Sin embargo, en ulteriores procedimientos, el hecho de no haberse llegado a un acuerdo, no podrá ser invocado como un fundamento para no intentar un proceso restaurativo.
- 8) Los Estados deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas con base legal cuando sea necesario para que se implementen los programas de justicia restaurativa, los cuales deben ajustarse a los principios básicos enunciados y deben versar sobre lo siguiente:
 - a. Condiciones o requisitos para el ingreso a los programas.
 - b. Gestión de los casos luego del proceso restaurativo.
 - c. Calificación, capacitación y evaluación de los facilitadores.
 - d. Administración de los programas.
 - e. Normas de competencia y la reglas de conducta que regirán el funcionamiento de programas.
- 9) Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tienen carácter confidencial y no deben ser revelados, salvo que así lo acuerden las partes o lo disponga la legislación nacional.
- 10) Cuando no se cumpla el acuerdo al que se arribó se debe informar al programa, o cuando así lo disponga la legislación al sistema de justicia ordinario debiendo adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. Esta situación no legitima la adopción de sanciones más severas que las que correspondan. Asimismo, el incumplimiento de un acuerdo distinto al contenido en una decisión judicial o sentencia no debe servir de justificación para imponer una condena más severa en ulteriores procedimientos de la justicia penal.

⁵⁷ Debe buscarse la aplicación de medidas restaurativas cuando es posible, reservando la justicia ordinaria para los casos en los que la opción restaurativa es inapropiada o impracticable. Puede ser también que la práctica restaurativa se efectúe en forma complementaria y con independencia de la sentencia impuesta, por ejemplo, se puede propiciar una reunión del autor y la víctima, aún encontrándose éste cumpliendo la sentencia de prestación de servicios a la comunidad.

- 11) Los facilitadores deben conocer la comunidad local y su cultura, así como estar capacitados para ejercer su función en forma justa e imparcial.
- 12) Los estados deben formular estrategias y políticas nacionales para desarrollar la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para su utilización por parte de las autoridades policiales, judiciales y sociales. Con esta finalidad es importante:
 - a. Efectuar consultas a las autoridades de justicia y a quienes llevan adelante programas restaurativos sobre los procesos y sus resultados para potenciar su eficacia y considerar mecanismos para incorporar nuevas prácticas restaurativas en la justicia penal.
 - b. Promover la investigación de programas de justicia restaurativa y su evaluación para determinar sus resultados positivos para todas las partes involucradas, como complemento o alternativa al proceso penal, y en base a estos estudios efectuar los cambios que sean necesarios y rediseñar las políticas y programas.

¿Es la Justicia Restaurativa una tercera vía?

La cuestión es si “reparar es punir” (una pena alternativa, pero penal al fin) o si se repara para no punir (o sea, la reparación es una alternativa a la pena)

Aida Kelmemajer

La primera vía es la pena, la segunda la medida de seguridad. Hoy en día está aún en discusión si la reparación es la tercera vía, y aunque Roxin sostiene que ésta tiene legitimación político jurídica por medio del principio de subsidiariedad. Asimismo, la reparación puede sustituir o completar la medida de seguridad, cuando a causa del principio de culpabilidad ésta no pueda sino satisfacer de modo limitado las necesidades preventivo especiales, y sustituir la pena o atenuarla completamente en aquellas situaciones donde satisfaga los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada, también reconoce que en la actualidad sólo es una propuesta de lege ferenda y que solo será una tercera vía cuando el legislador la contemple en el sistema de sanciones de manera totalmente distinta a la actual, siendo prueba de su impulso, la conciliación de los delitos fuera del ámbito penal, así como la composición de autor y víctima por medio de la aceptación voluntaria de obligaciones y el sobreseimiento tras su ejecución.⁵⁸

⁵⁸

ROXIN, Claus “Derecho Penal” Parte General, Fundamentos de la Teoría del delito, Civitas 1997, p 110.

En nuestro país la reparación civil no es de modo autónomo una consecuencia jurídico penal, sino más bien una cuestión jurídica civil⁵⁹. Sin embargo cuando hablamos de reparación como tercera vía estamos sosteniendo que ésta contribuye esencialmente a los fines de la pena. Desde esta perspectiva, la reparación al posibilitar que el que cometió el delito reconozca las consecuencias de su hecho delictivo e identifique los intereses legítimos de la víctima e incluso una reconciliación víctima –agresor cumple un fin resocializador (preventivo especial). Al mismo tiempo, la toma de conciencia por el valor de las normas jurídicas proyectadas hacia una comunidad que restableció su paz satisface los fines de prevención general positiva⁶⁰.

De otro lado, la idea de que el que ha cometido un hecho debe pagar por lo que hizo, también se satisface por medio de la reparación, pues pese a que reparar no es punir, la reparación efectuada a satisfacción de la víctima no deja un sabor a impunidad, por lo que satisface la necesidad de “pago” de “reacción” del incosciente social.

Roxin reconoce que la reparación podría usarse entonces como sustituto de la pena o cuando menos para su disminución, y cita ejemplos de la Justicia alemana en la que esto sucede así, como por ejemplo la suspensión del juicio a prueba que está ligada a la reparación, la valoración de la reparación en la determinación de la pena, e incluso en la justicia penal juvenil donde la reparación puede ser una consecuencia jurídica que puede ser impuesta por el juez.⁶¹

Asimismo, sostiene que la inclusión de la reparación en el Derecho Penal sirve mejor a los intereses de las víctimas que las penas privativas de la libertad y las multas que muchas veces frustran una reparación del daño. Cita también los resultados de investigaciones empíricas que demuestran que tanto la víctima como la comunidad le dan escaso valor a un castigo adicional a la reparación del daño en los casos de pequeña y mediana criminalidad, por lo que recomienda que en los casos que se castigan con multa se prescinda de la pena cuando se produzca la reparación del daño causado, sosteniendo además que en delitos más graves la reparación podría servir para una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria⁶².

Roxin⁶³ sostiene que se han esbozado tres construcciones doctrinales contemplando la reparación:

⁵⁹ Nos hemos olvidado que la pena fue originalmente una reparación y que las satisfacciones al ofendido eran muy importantes y que como señalamos es más bien la expropiación del conflicto y la pena como castigo del Estado la que tiene una historia reciente.

⁶⁰ ROXIN, Op Cit p 109. Asimismo VILLAVICENCIO TERREROS FELIPE, Op Cit p 80.

⁶¹ Roxin, citado por KELMEMAKER, Aida Op Cit p 162.

⁶² Roxin, Claus “Derecho Penal” Op Cit p 109.

⁶³ Roxin citado por KELMEMAJER, Aida, Op Cit p 164.

- a) La composición privada del conflicto.- Aceptada en el Código Penal Austriaco, el cual descarta la aplicación de la pena en los delitos contra el patrimonio y la propiedad si es que se reparan los daños, así como en el caso de los hurtos en tiendas, el autor sostiene sin embargo que éstos son casos marginales donde la reparación no se integra al Derecho Penal sino más bien el poder estatal es el que se ha relegado a un segundo plano.
- b) La incorporación de la reparación como una tercera clase de pena.- para algunos delitos determinados y aunque la crítica manifiesta su preocupación por que la reparación civil se convertiría en una sanción penal, pero se sustenta que de lo que se trata es que la reparación sea consensuada con la víctima.
- c) Debe establecerse la reparación como un nuevo fin de la pena.- Roxin sostiene que no se necesita decir que hay un nuevo fin en la pena pues la reparación es un instrumento de utilidad que cumple los fines preventivo especiales y generales de la pena, por lo que no se puede sostener que no cumpla fin preventivo alguno.

En 1992, se publicó en Alemania el Proyecto Alternativo de Reparación, con el concurso de profesores alemanes, austriacos y suizos, no obstante la reparación como institución a “dos bandas” o “sin patria” no ha podido instaurarse como sustituta de la pena siendo más bien su aplicación en el derecho penal circunscrita a los casos en donde la aplicación de la pena o de la medida de seguridad es más bien contraproducente a los fines preventivos que el sistema penal persigue.⁶⁴

Los defensores de la Justicia Restaurativa frente a la idea de una reparación como sanción jurídico- penal y nuestra posición

Zehr señala que describir la Justicia Restaurativa con ojos punitivos es ensuciarla, que por ello es necesario cambiar los lentes y abandonar el punto de vista retributivo para asumir la justicia restaurativa. Walgrave, por su lado sostiene que la pena impuesta en un tribunal es pública, coercitiva y despersonalizada a diferencia de la justicia restaurativa a la cual compara con las sanciones familiares de los padres que es privada y pedagógica. Estas posturas sostendrían más que la Justicia Restaurativa es una alternativa frente al Derecho Penal⁶⁵.

Otros como Duff, en cambio sostienen más bien que la Justicia restaurativa establece medidas punitivas pues ordenar la reparación es en realidad sancionar, mientras Patricia Roca Estrada ha sostenido que la reparación se integra de modo complementario a la pena siendo en realidad la orden de reparación una nueva

⁶⁴

POLAINO NAVARRETE, Miguel “Derecho Penal” Modernas bases dogmáticas, Grijley, Lima 2004, p198 -201.

⁶⁵

KELMEMAJER, Aida, Op Cit p 167.

penalidad. Por su parte Bruce Archivald, es más bien escéptico de las buenas intenciones planteadas por la justicia restaurativa sosteniendo que las partes convocadas a las reuniones tiene una carga que cumplir y por lo tanto no puede negarse el efecto punitivo del resultado.⁶⁶

Ciertamente la línea que divide la punición de la reparación es débil, como lo es la que divide las prácticas resocializadoras de las que buscan resultados restaurativos, por ello creemos como KELMEMAJER que la distinción entre pena y reparación es más filosófica que práctica, y que en todo caso la Justicia Restaurativa no es una alternativa al Derecho Penal, sino dentro del Derecho Penal, donde incluso la sanción penal puede ser un efecto paralelo a la Justicia Restaurativa como ésta al propio derecho penal⁶⁷.

No se pretende por ello ni negar la vigencia del Derecho Penal, ni salir del sistema penal. Se trata de evitar los efectos nocivos irreparables y el costo social de la intervención penal clásica, confiando en la capacidad de los implicados para encontrar fórmulas de pacto, de compromiso de pacificación, con la influencia de las instituciones primarias que permitan el acatamiento sincero de las normas y la prevención del delito⁶⁸

Reparación impuesta o acordada, en dinero o en especie, material o simbólica

La reparación puede ser impuesta o acordada. Los partidarios de la Justicia Restaurativa, consideran que ésta debe ser acordada para ser restaurativa, aun corriendo el riesgo de que el autor tenga una intención de elusión al aceptarla, pues son las reglas de juego y la sanción privativa de la libertad ha dado pocas muestras de eficacia y frente a ella en la reparación hay menos dolor, más rapidez y más ventajas para la víctima.⁶⁹

La reparación no necesariamente puede ser en dinero, pues si de lo que se trata es la satisfacción de las necesidades de la víctima, puede ser esta una prestación “hacer” e incluso puede no ser material (simbólica) como las explicaciones del caso y las disculpas.⁷⁰

⁶⁶ Ibidem p 168

⁶⁷ Ibidem p 169 Sin embargo la distinción en nuestra posición es que siendo la justicia Restaurativa complementaria del Sistema Penal, hay ocasiones en las que practicas restaurativas no tienen un contenido que se refleja en el proceso, pues no alteran el curso de la repuesta penal sin que por ello pueda negarse su efecto restaurativo.

⁶⁸ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Derecho Penal” Introducción, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p 18.

⁶⁹ PALMA CHAZAMA, Luhé “La Mediación como proceso Restaurativo en el Sistema Penal” Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 18 de julio del 2007, p 446 La autora cita a Esther Jiménez Colomer, que sostiene que la idea es que el autor quiera voluntariamente reparar y repare.

⁷⁰ RODRIGUEZ DELGADO, Julio “La Reparación como sanción jurídico penal” Editorial San Marcos, Lima 1999, p 133, este autor cita al Proyecto alternativo de Derecho Penal en el que se señala “la reparación es la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor”

¿Podemos hablar de reparación frente a casos graves?

Tal vez se pueda indemnizar frente a la pérdida de la vida humano pero no podríamos hablar en éstos casos de reparación como tampoco en otros delitos particularmente graves⁷¹.

Por ello, la reparación en el contexto de una justicia restaurativa es más bien aplicable frente a delitos menos graves en sustitución de la respuesta tradicional, lo que no significa que no se pueda buscar un efecto restaurativo incluso en los delitos graves, pero en estos casos, el efecto restaurativo sería más bien paralelo a la propia sanción penal.

La mediación y la conciliación en el ámbito penal como herramientas de una Justicia Restaurativa, de tercera vía, ofrecen un balance positivo cuando circunscriben su objeto a determinados delitos (delitos menos graves, justicia penal juvenil, infractores primarios), pero corren el riesgo de ser nocivos intentos de una privatización inadmisibles del conflicto criminal cuando pretenden erigirse como alternativa global de todo el sistema eludiendo el control jurisdiccional y los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.⁷²

Responde ¿En tu opinión debe ser la reparación una tercera vía? ¿En qué casos?

¿Por qué debemos optar por la Justicia Restaurativa?

*“Para hacer una reparación de carpintería
podemos usar muchas herramientas,
pero posiblemente sólo una de ellas será la más apropiada”
David Fischman*



Uno de los principales beneficios de la justicia restaurativa radica en la posibilidad de plantear preguntas importantes acerca de cómo se define el éxito en el marco de las prácticas existentes y presentar opciones que pudieran causar menos daño y generar mayores beneficios para los interesados⁷³.

⁷¹ Definición de delitos “lesiones no reparables” pero las define de modo abstracto Cfr RODRIGUEZ DELGADO, Julio, Op Cit, p 205.

⁷² GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op Cit, p 19

⁷³ Grupo de Expertos en Justicia Restaurativa reunidos en Ottawa del 29 de octubre al 1° de noviembre del 2001

A continuación presentamos una comparación entre la Justicia Restaurativa y los modelos de Justicia Tradicional:⁷⁴

	Rehabilitadora/Tutelar	Retributiva	Restaurativa
1. Contexto social	Estado de Bienestar	Autoritarismo	Democracia
2. Concepción de la infracción a la Ley Penal o del delito	Refleja la necesidad de curación del adolescente/ o tratamiento del adulto delincuente	Se define de modo abstracto, como una violación de la Ley. No se entiende el delito como un conflicto interpersonal.	Un acto en contra de otras personas y de la comunidad, una violación de las relaciones. El delito es un conflicto interpersonal. Se recupera el significado que tiene el conflicto.
3. Quien controla la delincuencia	En el caso de la Justicia Penal Juvenil, no hay delincuencia, pero sí acto antisocial, el Estado interviene para rehabilitar al menor de edad. En el caso de los adultos si hay delincuencia, frente a la cual debe establecerse un tratamiento penitenciario.	El sistema de Justicia Penal controla la delincuencia (El Estado)	La comunidad es la principal responsable de controlar la delincuencia.
4. Actores que deben intervenir	El Estado interviene en forma ilimitada frente al riesgo social (monopolio	El Estado tiene el "Monopolio" para ocuparse de la sanción de los delincuentes	Se reconoce el Rol del autor, la víctima y la comunidad.

⁷⁴ Confeccionado teniendo como fuentes los siguientes cuadros: WINTER, Renate "Justicia Restaurativa Retributiva versus Justicia Restaurativa", Justicia para crecer N° 1, Diciembre 2005, p 18. WERNHAM, Mary, "An outside chance", Consortium for Street Children, London 2004, p 125; LIEBMANN, Marian, "Restorative Justice, How it works", Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 32

	y centralización) La comunidad queda al margen de la intervención. También quedan al margen la víctima y el agresor, quien no asume ningún tipo de responsabilidad.	(expropiación del conflicto) La comunidad queda al margen de la intervención, representada abstractamente por el Estado. El adolescente asume una responsabilidad frente al Estado de modo abstracto, aun cuando se fije una reparación civil pues la deuda se pagará al Estado.	La comunidad es un facilitador en el proceso restaurativo. El autor asume una responsabilidad y un deber de reparar a una persona concreta. La víctima se implica en la búsqueda de la solución.
5. Se denuncia	En el caso de la Justicia Penal Juvenil, al que ha cometido la conducta antisocial (inimputabilidad) En la Justicia de adultos, al delincuente.	Al que ha cometido la infracción a la ley Penal o delito (agresor)	El agravio cometido a una persona determinada (víctima)
6. Atención en	Ofensor.	Ofensa	Relaciones
7. La Ofensa	Como una manifestación de una persona en peligro para él y para la sociedad	Definida en términos puramente legales. desprovisto de sus dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.	Definida en todo su contexto tomando en cuenta todas sus dimensiones. Se ha afectado física, psicológicamente a una persona, su sentido de seguridad, también a su familia (comunidad de daño)

8. Se interviene por	En el caso de la Justicia Penal Juvenil se interviene por la necesidad de rehabilitación. (menor abandonado/delin cuente) En el caso de los adultos delincuentes esta misma necesidad de rehabilitación con un enfoque terapéutico.	Culpabilidad	Responsabilidad
9. Respuesta Estatal y rol del autor	En la Justicia penal Juvenil y de adultos, Tratamiento (rol pasivo) En la Justicia Penal Juvenil la “protección” viola o restringe derechos. (lo asistencial confundido con lo penal) El mal hecho a la sociedad se reemplaza por otro mal disfrazado de protección. Acción directa del Estado sobre el autor. (Agresor pasivo y víctima ignorada)	Castigo (rol pasivo) Un mal hecho a la sociedad se reemplaza por otro mal. La acción directa del Estado sobre el autor (agresor pasivo y víctima ignorada)	Rol activo del autor Reparación del mal hecho a la sociedad Víctima y el agresor reconocen el rol que tienen en el problema (conflicto) y en la solución.
10. Orientado al	Pasado ¿Lo hizo?	Pasado ¿Lo hizo?	Futuro ¿Qué debemos hacer al respecto?

	Respuesta estatal enfocada en la conducta pasada..	Respuesta estatal enfocada en la conducta pasada.	Respuesta enfocada en las consecuencias de la conducta pasada.
11 Objetivo a lograr en el adolescente	Adaptación, conformidad El tratamiento se usa para que el menor que ha cometido el acto antisocial se adapte, se conforme con los valores sociales. Pase de la “situación irregular” a una “situación normal” La misma idea terapéutica en el caso del adulto Prevención especial	Elemento disuasorio. El castigo se usa para aleccionar al infractor desalentar y prevenir la delincuencia, disuadir a la sociedad. Prevención general y retribucionismo.	Restauración. La Reparación significa restauración de ambas partes, se usa para devolver y recrear el vínculo con la sociedad. La reparación como acción educativa, al enfrentarle directamente a la víctima, tiene un efecto beneficioso (estimula la reflexión)
12. Límite de la Intervención Estatal	En el caso de la Justicia Penal Juvenil el balance es la necesidad de rehabilitación, la intervención no cesa hasta que se “superen” las razones de la intervención. (internamientos con fines “terapéuticos” indeterminados) En el caso de los	El balance es entre el mal causado por el adolescente infractor y el castigo. Tanto en los adultos como los adolescentes se efectúa un análisis de la proporcionalidad.	Se logra el balance a través de un acto positivo por parte del infractor. (Que haga lo correcto).

	adultos, el límite del tratamiento está señalado en la sentencia		
13. Posición de la Víctima	Secundaria (las necesidades de las víctimas son ignoradas y no son consideradas)	Secundaria (las necesidades de las víctimas son ignoradas y no son consideradas)	Central (los derechos son reconocidos y sus necesidades son atendidas)
14. El proceso	Divide a las partes Dependencia en lo que dispongan los profesionales. Especialización, sin justicia Autoritario	Divide a las partes Dependencia en lo que resuelvan las autoridades. Retribución, sin justicia Adversarial, Técnico, impersonal (el estado contra el agresor de la Ley)	Se busca unir a las partes, envolverlos directamente en la búsqueda de la solución al conflicto. (diálogo-conciliación, negociación) Justicia y especialización Participativo, maximiza el diálogo.
15. La justicia como “objetivo” del proceso se define por	La intervención estatal, sin importar las garantías.	El proceso en el que se respetan las formas procesales y se toma decisiones judiciales.	En virtud del resultado obtenido, las buenas relaciones que se logren.
16. Reacciones del adolescente	Impunidad Fomenta la dependencia	Dolor, enojo y resentimiento por el castigo, no fomentan que el adolescente asuma la responsabilidad de sus actos, ni tampoco el perdón. Fomenta valores de competencia	Responsabilidad. Hay posibilidades de arrepentimiento y perdón. Fomenta el sentido de pertenencia a la comunidad y solidaridad.

17. La responsabilidad se entiende como	No hay responsabilidad	Como recibir un castigo	Entender el impacto de la acción y su decisión y disposición para hacer las cosas bien.
18. Nivel de estigmatización frente a los hechos	Marca indeleble respecto del paso por la Justicia tutelar, sin que importen mucho los hechos cometidos. Hay un acento más en la condición de “delincuente”	Marca indeleble respecto del paso por la Justicia Retributiva y estigma permanente respecto de los hechos cometidos	La acción restaurativa borra la estigmatización del crimen.

Hace muchos años se regularon en nuestro país instituciones que permiten la inclusión de la víctima en la solución del conflicto derivado del ilícito penal cometido por un adolescente (remisión y el reciente perdón del ofendido) pero debemos reconocer, a la luz de lo que hemos visto en las lecciones anteriores, que en nuestras prácticas jurídicas seguimos, entre el neo-retribucionismo y la rehabilitación, aunque sabemos que estas perspectivas han fracasado.

Frente a esta situación, se nos presenta una posibilidad de cambio: La Justicia Restaurativa. Se nos invita a ver el conflicto que subyace detrás del delito y a propiciar que el autor que rompió la paz social asuma su responsabilidad, entienda la dimensión del perjuicio causado a la víctima y desde allí, la necesidad de reparar a quien dañó.

Una de las preguntas claves que se ha hecho en este sentido está vinculada con los costos de la Justicia Restaurativa frente a la Justicia Tradicional. Al respecto, el Estudio y Análisis sobre Costo/Beneficio Económico y Social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú efectuado por la Fundación Terre des hommes Lausanne (Suiza) y la Asociación Encuentros Casa de la Juventud durante los años 2007 y 2008, demostró que los modelos de justicia de medio abierto son menos

costosos que los de medio cerrado y que tienen un mayor nivel de reinserción social⁷⁵.

En el mismo sentido, Bruce Archivald, destaca que el Modelo de Justicia Restaurativa tiene frente al Modelo Retributivo, una mayor satisfacción de los participantes, menores niveles de reincidencia y muchos más casos en los que se arribaron a acuerdos reparadores⁷⁶.

Podemos ser escépticos, porque podemos pensar que la Justicia Restaurativa, es sólo nuevo discurso. Pero, porque no asumir el reto, pues como hemos podido constatar en esta unidad, que las cosas cambien no es sólo cuestión de norma; sino fundamentalmente de prácticas, de maneras de entender nuestro rol de operadores y de modos de hacer las cosas.

Si siempre hacemos lo que siempre hemos hecho, no lograremos nada diferente de lo que hasta hoy hemos logrado. Si estamos conformes con lo que el Modelo de Justicia logra en la actualidad y creemos que nada debemos de cambiar, es innecesario seguir adelante. Si por el contrario, pensamos que las cosas pueden ser distintas y que podemos hacer mucho para lograrlo, debemos optar por la justicia restaurativa que en el mundo se abre paso como una tercera vía⁷⁷ frente al neo-retribucionismo y neo-tutelarismo o ¿Acaso estamos contentos con las cosas como están?

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Escribe una lista de 5 razones por las cuales optarías por la Justicia Restaurativa, luego ordénalas siguiendo la importancia que tienen.

1 _____

2 _____

3 _____

4 _____

5 _____

⁷⁵ Al texto completo del informe se puede acceder en <http://www.justiciaparacrecer.org>

⁷⁶ Citado en KELMEMAJER DE CARLUCCI, Justicia Restaurativa...cít., p 267,

⁷⁷ El término “tercera vía”, fue acuñado por Roxin, como una tercera respuesta frente al delito, distinta a la pena y a la medida de seguridad. Con el tiempo no son pocos quienes identifican Justicia Restaurativa con Tercera Vía, por el acento en la reparación, aunque hay que aclarar que en este caso, no sólo estamos ante una “tercera vía” frente a la pena y la medida de seguridad; sino también frente al enfoque punitivo y tutelar.

LECTURA



Kelmemajer de Carlucci, Ahída “En busca de la Tercera Vía”, luego responde las siguientes preguntas de integración.

OBJETIVO: Identificar las diversas experiencias de justicia restaurativa, así como los problemas que deben ser superados para su implementación.

1. ¿Crees que es adecuado el término Justicia Restaurativa? ¿Por qué?
2. ¿Qué elementos hacen que la Justicia Restaurativa sea compatible con la doctrina de la Protección Integral?
3. ¿Qué elementos agregarías al cuadro comparativo?
4. ¿Qué aspectos deben modificarse en nuestra legislación para la implementación de la Justicia Restaurativa?



CASOS DE LA PRIMERA UNIDAD

Analiza los siguientes casos, con la ayuda de las siguientes preguntas:

CASO 1: EXP. N° 03247-2008-PHC/TC

OBJETIVO: Valorar el modelo de justicia que nuestro sistema de justicia tiene.

PREGUNTAS GUIA:

1. Identifica los hechos relevantes del caso
2. ¿Cuáles son los puntos controvertidos y la regla con la cual el Tribunal los aborda?
3. ¿Cuáles son las razones de la decisión?
4. Se encuentra la decisión inserta dentro de la Doctrina de la Protección Integral.

CASO 2: EXP. N.º 03386-2009-PHC/TC

OBJETIVO: Valorar el modelo de justicia que nuestro sistema de justicia tiene.

PREGUNTAS GUIA:

1. Identifica los hechos relevantes del caso
2. ¿Cuáles son los puntos controvertidos y la regla con la cual el Tribunal los aborda?
3. ¿Cuáles son las razones de la decisión?
4. Se encuentra la decisión inserta dentro de la Doctrina de la Protección Integral.

CASO 3:

Sentencia de Los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs Perú del 8 de Julio del 2004, colgada en la plataforma virtual y a disposición en la dirección electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf

OBJETIVO: Valorar el modelo de justicia que nuestro sistema de justicia tiene a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PREGUNTAS GUIA:

1. Identifica los hechos relevantes del caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs Perú del 8 de julio del 2004.
2. ¿Cuáles son los puntos controvertidos y la regla con la cual la Corte los aborda?
3. ¿Cuáles son las razones de la decisión?
4. ¿Qué opinas de los votos razonados de los Jueces Cancado Trindade, Medina Quiroga y Equiguren Praeli?

UNIDAD 02 EL USO DE HERRAMIENTAS RESTAURATIVAS EN SEDE FISCAL

La Remisión en sede Fiscal como herramienta de la Justicia Restaurativa

PRESENTACIÓN:

En esta unidad destacamos la importancia de la Gestión de las denuncias y la decisión temprana dentro del principio de legalidad y usando salidas alternativas.

Asimismo, abordaremos los supuestos, requisitos, limitaciones y posibilidades de la Remisión como herramienta de la Justicia Restaurativa, diferenciándola de otras herramientas procesales.

Por último, analizaremos en profundidad los elementos proporcionados por el Equipo Multidisciplinario que tiene que ser valorados al momento de conceder una Remisión.

OBJETIVO:

Al final de la unidad, el participante estará en condiciones de:

- Utilizar la Remisión como oportunidad educativa y de promoción del adolescente en conflicto con la Ley penal y no como mecanismo de descarga procesal.

PREGUNTAS GUÍAS:

¿Cuál es la importancia de la Gestión de las denuncias en la Justicia Penal Juvenil?

¿Qué es la decisión temprana dentro del principio de legalidad y usando salidas alternativas?

¿Cómo funciona la Remisión en sede Fiscal como salida alternativa?

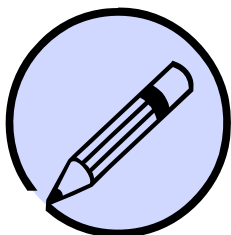
¿En qué consiste el archivo por perdón del agraviado?

TEMA 01

LA IMPORTANCIA DE LA GESTIÓN DE LAS
DENUNCIAS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

“Hemos encontrado al enemigo y somos nosotros”

Pogo



Punto de partida: ¿Agobiados por la carga de trabajo?

Un denominador común entre los operadores es la “carga de trabajo”. En los eventos de capacitación con mucha frecuencia se hace mención a la necesidad de crear más fiscalías, más juzgados y tener más personal.

Estos reclamos, en muchos casos, no dejan de tener razón, pero su solución excede totalmente nuestras competencias, pues no seremos nosotros en nuestra condición de operadores podamos crear las fiscalías y juzgados suficientes.

Por ello es necesario examinar nuestro trabajo y reconocer como fiscales el nivel de responsabilidad que tenemos en nuestra “carga de trabajo”, pues somos quienes tenemos la “llave de acceso” y la usamos cada vez que denunciemos a un adolescente por la comisión de un ilícito, por lo que somos responsables de la congestión del sistema penal.⁷⁸ Luego los casos que hemos denunciado vuelven a nosotros convertidos en carga de trabajo y nos demandan tiempo en la preparación del caso, diligencias judiciales y elaboración del dictamen.

Ahora bien, si analizamos con cuidado, muchos de los casos que ingresamos al sistema no deberían nunca haberlo hecho, pero eso no lo hemos advertido sino mucho tiempo después. Debemos admitir por ello que el problema es básicamente la forma en que gestionamos los casos, la manera como administramos el flujo de ingreso de las denuncias al sistema penal. En esta lección profundizaremos esta idea. Comencemos planteando algunas preguntas para revisar la forma en que estamos trabajando.



¿Qué significa gestionar las denuncias? ¿Qué criterios utilizamos para definir qué casos ingresan al sistema penal? ¿La Gestión tiene que ver con la creación de más dependencias y con el

⁷⁸ Cfr. “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal” en El Nuevo Proceso Penal, Editorial Palestra, Lima, 2005 p 119.

incremento de personal? ¿La Gestión tiene que ver con la modificación legislativa de las normas que regulan nuestro trabajo? ¿Cuál es la importancia de la gestión de las denuncias?

El ¿Qué? y el ¿Cómo? en la gestión de las Denuncias



Gestionar las denuncias implica tomar decisiones sobre las mismas, sabiendo de antemano que objetivo tenemos y como contribuimos con alcanzarlo en cada una de esas decisiones.

Como podemos ver la gestión está centrada en los objetivos y el modo de alcanzarlos, por lo que es fundamental que empecemos teniendo en claro ¿Qué buscamos con nuestro trabajo como fiscales en la Justicia Penal Juvenil? y ¿Cómo tenemos que actuar para lograr lo que estamos buscando?

La primera pregunta tiene que ver con la concepción que tenemos de nuestro trabajo y la forma en que hemos asumido las funciones que van implícitas en el mismo. Por ejemplo: un fiscal que no cree en la posibilidad de reintegración de los adolescentes que cometen algún ilícito, no debe ni siquiera formular un objetivo, lo que debe hacer es cambiarse de especialidad a un área en la que no sea un requisito necesario creer en ello.

La segunda pregunta también tiene que ver con esta misma concepción pero en una exigencia mayor, es decir en la práctica misma, pues el cómo hacemos las cosas en el día a día pone en evidencia nuestra verdadera concepción de las cosas. A continuación profundizaremos más en estas ideas

El ¿Qué? La eficacia

Tener en claro nuestros objetivos es condición básica para ser eficaces (de hecho la eficacia consiste justamente en alcanzar los resultados que nos hemos propuesto) por ello es fundamental que al formularlos lo hagamos de modo concreto de modo que podamos al cabo de un tiempo comprobar nuestra efectividad.

Por ello recomendamos formular el objetivo en dos niveles. El primer nivel está vinculado con lo que vamos a lograr de modo conjunto con la comunidad en la que trabajamos. Por ejemplo si asumimos la Justicia Restaurativa, podemos plantearnos como objetivo “Asegurar la participación de las víctimas en las diligencias de acuerdo de principio de oportunidad o acuerdos reparatorios”. Esto no depende únicamente de nosotros, pues debemos implementar un mecanismo de comunicación con las víctimas para asegurarnos que realmente concurren, que va

más allá de la simple notificación formal. En el caso de la Justicia Penal Juvenil, podría ser “asegurar que los adolescentes sean acompañados en libertad luego de la concesión de la Remisión” Ambos objetivos como vemos no aun que no dependen exclusivamente de nosotros, nos competen pues en ellos es fundamental nuestra participación la cual contribuye decisivamente a lograr este objetivo.

El segundo nivel, que es él ahora nos compete, está centrado en lo que vamos a hacer nosotros de modo concreto con el logro del objetivo planteado en el primer nivel. Dicho de otro modo en el caso del principio de oportunidad por ejemplo ¿Cómo nos aseguraremos de realizar audiencias de principio de oportunidad en las que las víctimas realmente estén presentes? Verificaremos el número de diligencias y el número de participaciones y nos plantearemos una meta cuantitativa.

Número de diligencias de acuerdo _____

Número de casos en los que la víctima ha participado _____

Meta propuesta _____

Del mismo modo en el caso de la Justicia Penal Juvenil, nos preguntaremos ¿Qué tenemos que hacer nosotros para que tengan un acompañamiento en libertad los adolescentes? La respuesta es obvia: concederles la Remisión, ni más ni menos. Parece simple pero preguntémonos ¿Cuál es la proporción de casos que ingresan al sistema penal en nuestra fiscalía y cuál es el porcentaje de las remisiones que concedemos?

Número de casos ingresados en lo que va del año _____

Número de remisiones concedidas _____ Porcentaje _____

Identificada la situación, podemos poner un objetivo muy sencillo: Duplicar el número de remisiones concedidas. Si además señalamos un tiempo ya tenemos una meta trazada que podemos medir de modo concreto.

El ¿Cómo? La Eficiencia

De qué nos vamos a valer para alcanzar el objetivo propuesto, cómo emplearemos los recursos humanos y materiales con los que contamos esto es la eficiencia. En síntesis hacer las cosas bien. Por ejemplo Si un fiscal empeñado en elevar el número de remisiones concedidas, emplea la remisión sin tener elementos suficientes que vinculan al adolescente con la comisión del ilícito, es decir debiendo en realidad archivar el caso, no estaría siendo eficiente al vulnerar la garantía de la presunción de inocencia. Del mismo modo tampoco sería eficiente si concede la remisión como simple mecanismo de descongestión de carga procesal sin preocuparse por el acompañamiento en libertad del adolescente. En ambos casos nos encontramos frente a fiscales que tal vez podrían alcanzar “aparentemente el

objetivo” de elevar el número de remisiones pero no estarían “haciendo bien” su trabajo, es decir serían ineficientes.

Si un fiscal o juez es eficiente (hace las cosas bien) y al mismo tiempo es eficaz (logra los objetivos que se ha propuesto) es al mismo tiempo efectivo, pues ha utilizado adecuadamente sus recursos (normas, personas y recursos materiales) para alcanzar sus metas.

¿Qué significa gestionar las denuncias?

Llamamos gestión de casos al conjunto de actividades que efectuamos en el caso de los fiscales (fundamentalmente selección de casos, decisiones tempranas y comunicación de las decisiones) y en el caso de los jueces (manejo de la agenda, control de legalidad, concentración de actos procesales) los cuales encontrándose centrados en nuestros objetivos están dirigidos a maximizar nuestras energías y recursos en relación con las necesidades de cada caso y cada persona (autor o víctima) usuarios de nuestro despacho.

En esta tarea los fiscales debemos tomar decisiones inmediatas para decidir los casos que vamos a investigar de aquellos que ni siquiera merece la pena hacerlo y debemos rechazarlos liminarmente (decisión temprana dentro del principio de legalidad), así distinguir aquellos casos en los que vamos a abstenernos de ejercitar la acción penal (Decisión temprana dentro del principio de oportunidad: remisión fiscal y archivo por perdón del ofendido) de aquellos que por su gravedad deben ingresar al sistema penal. Un ejemplo de gestión en el caso de los jueces es el agendamiento de causas similares el mismo día con la finalidad de optimizar el manejo de los tiempos.

La Norma Técnica Peruana (NTP –ISO 9000-2001) tiene algunos conceptos que nos parece fundamental recordar:

Sistema: “Conjunto de elementos mutuamente relacionados que interactúan”

Sistema de Gestión: “Sistema para establecer la política y los objetivos y para lograr dichos objetivos”

Gestión: “Actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización”

Sistema de Calidad: “Estructura de la organización, procedimientos, procesos y recursos necesarios para llevar a cabo la gestión de la calidad”⁷⁹

⁷⁹ Tomado de Propuesta del Ministerio Público para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Diseño del Nuevo Sistema de Gestión Fiscal, Ministerio Público, Lima, 2005, p 15.

¿Más dependencias, más personal, modificación legal?

Las instituciones públicas sufrimos un mal endémico, generalmente no tenemos ni la infraestructura, ni los recursos materiales, ni el personal suficiente. Sin duda trabajamos con muchas carencias, pero la gestión no tiene que ver con las cosas que nos faltan, sino con la forma en la que empleamos lo que tenemos.

Cuando no seleccionamos adecuadamente las denuncias empleamos tiempo valioso que podemos utilizar en otros casos. Por ello, debemos asumir nuestra responsabilidad en la generación de la carga de trabajo de la Fiscalía y de todo el Sistema Penal (recordemos que somos quienes tenemos la llave)

Por otro lado, también tenemos que reconocer que la Gestión de las denuncias no tiene que ver con la modificación legislativa de las normas que regulan nuestro trabajo, pues tenemos las herramientas legales que nos permiten efectuar dicha selección (archivo, remisión, etc). El Problema es que subutilizamos esas herramientas legales haciendo que casi todo ingrese en el Sistema Penal. Situación que causa más perjuicios que beneficios tanto para el adolescente, para la víctima como para toda la comunidad.

La importancia de la Gestión de las Denuncias



La Gestión de las denuncias nos permite separar lo urgente, de lo importante. Llamamos lo urgente a las cosas que debemos resolver en el día a día (las diligencias que tenemos, las denuncias que debemos formalizar, etc) éstas cosas siempre las hacemos pues al ser urgentes concentran toda nuestra atención. El problema es que descuidamos lo importante, es decir el objetivo que queremos alcanzar por hacer sólo cosas urgentes.

Por ello debemos hacer lo “urgente” pero pensando en lo “importante”, es decir en la medida en la que nuestra acción contribuye a los objetivos que nos hemos trazado en forma conjunta con los demás actores sociales de nuestra localidad (estrategia de trabajo en RED) o con el equipo que tenemos a nuestro cargo.

Por ejemplo, si a nivel local hemos analizado que los adolescentes están ingresando a pandillas juveniles, efectuando infracciones a la Ley en estas pandillas y que las infracciones que cometen son en su mayoría contra el patrimonio, contra la propiedad y la vida el cuerpo y la salud, y en ese contexto nos hemos trazado como objetivo a nivel local, la disminución de la comisión de éstas infracciones, así como evitar que los adolescentes que comenten las mismas reincidan. Si efectuamos una intervención centrada en lo urgente, corremos el riesgo de únicamente efectuar denuncias, haciendo ingresar al Sistema Penal casos que nunca debieron ingresar y

que deben resolverse fuera del sistema judicial. Si por el contrario pensamos en una intervención centrada en lo importante, tendremos que reconocer que el objetivo que nos hemos trazado no depende únicamente de nosotros e involucra por lo menos tres niveles de intervención:

1) Labores preventivas efectuadas en la comunidad⁸⁰, donde mediante la generación de programas generales se promueva la participación constructiva de todos los jóvenes y la inclusión de quienes se encuentran en alguna pandilla⁸¹. Por ejemplo: en los colegios además de evitarse la práctica profesoral de expulsión de clases, debe fomentarse la participación de los adolescentes en las decisiones que les afectan y su inclusión en la generación de normas de convivencia, vigilancia de su cumplimiento y hasta en la resolución de conflictos.

2) Apuesta por la desjudicialización y búsqueda de respuestas en la comunidad, mediante la utilización de las posibilidades que las propias normas vigentes nos habilitan como por ejemplo la Remisión de los adolescentes a los programas comunitarios, para que sea la propia comunidad quien se haga cargo y asuma su responsabilidad en la solución del conflicto que implica la comisión de un ilícito penal. La Gestión de las denuncias nos permite seleccionar a los adolescentes que serán pasibles de remisión a los programas comunitarios y trabajar junto con la comunidad el restablecimiento de la paz social, mediante la reparación del perjuicio ocasionado a la víctima.

3) El Sistema Judicial como “última ratio”, el tercer nivel es el último recurso y debe evitarse al máximo, por ello debe estar reservado únicamente para las infracciones graves. Cuando hemos efectuado una selección deficiente el control jurisdiccional debe conceder la remisión para desjudicializar en forma correctiva algo que nunca debió ingresar al sistema judicial.

Como hemos podido advertir, para poder estar centrados en lo “importante” debemos gestionar de modo adecuado nuestra carga de trabajo, pues si sentimos que la carga de trabajo nos agobia y no la manejamos, nosotros mismos somos el “enemigo” que impide efectuar un trabajo de calidad centrado en los objetivos que hemos trazado conjuntamente con los demás actores sociales con quienes tenemos nuestra estrategia de trabajo en RED o con nuestro equipo de trabajo.

⁸⁰ En este nivel están todas las instituciones de base: Municipio, Iglesias, Colegios, Centros de Salud, Comisaría, ONGs e Instituciones comunales clubes de madres, vaso de leche, etc.

⁸¹ No se trata de hacer programas para las pandillas; sino la inclusión de los jóvenes que están en una pandilla en los programas pensados en todos los jóvenes de la comunidad. Tampoco se trata evidentemente de combatir las pandillas, lo que hay que combatir son la inversión de valores que provoca la sub cultura que les lleva a reivindicar con orgullo la comisión de ilícitos. Por ello se debe preferir los programas generales sobre los especializados, y éstos únicamente deben existir en la medida en que exista una razón que así lo justifique y sólo por breve término. Por ejemplo (consumo de drogas)

En un partido de fútbol un jugador concentrado en lo “urgente” avanza rápidamente con la cabeza gacha, y sólo ve al marcador que tiene enfrente. Un jugador concentrado en lo importante ve todo el campo de juego, sabe quién está mejor habilitado para recibir la pelota y anotar. El primer jugador puede ser que sea individualmente bueno, el segundo es efectivo.

La gestión de las denuncias nos permite ser efectivos, pues no disminuye la comisión de ilícitos cuando se incrementa el número de denuncias y sentencias condenatorias, sino cuando mejora la coordinación entre el “control social informal” (nivel preventivo) y el “control social formal” (Sistema Penal).⁸²

⁸² En este sentido opinan MUÑOZ CONDE, Francisco en Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, p 91 y 92, GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio en “Derecho Penal, Introducción”, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid , 2000, p 5 y LUZON PEÑA, Diego Manuel en “Curso de Derecho Penal” Parte General, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p 83.

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

En el nuevo modelo procesal penal, se debe utilizar las llamadas salidas alternativas para evitar que todos los casos ingresen al sistema penal, entre otras razones porque en el nuevo modelo procesal, los casos serán investigados directamente por la Fiscalía, de tal forma que la carga de trabajo ya no pasará al Poder Judicial, sino que se quedará en la Fiscalía.

Analizando tu propia carga de trabajo. ¿Cuáles son los principales obstáculos que tienes para efectuar una adecuada Gestión de las denuncias que tienes a tu cargo?

LECTURA



DUCE, Mauricio “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del Estado de los cambios” Extracto, referido a la limitado a los problemas de Rol Procesal del Ministerio Público para controlar la carga de trabajo luego de la reforma del proceso penal, tomado de “El nuevo Procesal Penal”, Estudios Fundamentales, Editorial Palestra, P 115-127.

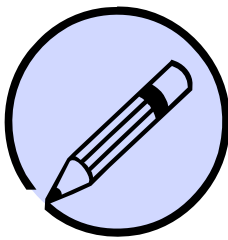
OBJETIVO: Reconocer que muchas de las dificultades que se afrontan en el trabajo provienen de una deficiente gestión, e identificar buenas prácticas que superen estas deficiencias.

1. -¿Cuáles son las deficiencias organizativas que tiene el Ministerio Público?
2. ¿En que consiste la evaluación temprana de las denuncias y cuál es la relación de ésta con los temas tratados en esta lección?
3. ¿Cuáles son los principales problemas que encuentras en tu localidad en relación a la inclusión de las víctimas en el trabajo fiscal?
4. ¿Cómo se pueden afrontar los problemas de coordinación que se tienen con la policía, y cómo esta situación repercute en los demás niveles de coordinación local?

TEMA 02 LA DECISIÓN TEMPRANA DENTRO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y USANDO SALIDAS ALTERNATIVAS

“Antes de dedicarnos a hacer algo en forma eficiente, tenemos que estar seguros de que hemos encontrado algo acertado para hacer”

(James Stoner, Edward Freeman y Daniel Gilbert, Administración)



Punto de partida: No podemos ni debemos investigar todo

En la cuadra 10 de la Avenida Ria Agüero de El Agustino, se produjo un arrebato de un celular. La Víctima una joven que abordaba un vehículo de transporte público, de acuerdo a la descripción dada por la joven el autor habría sido un adolescentes de aproximadamente unos 14 años de edad, no se pudo recabar información adicional respecto de este hecho ¿Qué podemos hacer? ¿Debemos continuar las investigaciones aún si no contamos con ninguna pista que nos permita identificar al autor del hecho?

Sin duda tenemos que tomar una decisión pronto (decisión temprana), pues los recursos que empleemos en continuar una investigación con pocas probabilidades de un resultado positivo, restarán energías y esfuerzos que tenemos que poner en otros casos en los que sí tenemos posibilidades de éxito. Si optamos por archivar el caso, la información que hemos recabado respecto del lugar en el que se produjo el hecho denunciado, la modalidad de la comisión del ilícito también nos sirve para coordinar estrategias de vigilancia y control en esas zonas con la Policía Nacional.

Supongamos que la victima pidió auxilio y el adolescente cuando corría con el celular en la mano, fue atrapado por personal policial. La víctima recuperó el celular y no quiere saber nada del caso. El adolescente nunca antes ha tenido un problema con la justicia. ¿Debemos denunciarlo sin tomar en cuenta ninguna otra consideración?

Aquí también debemos decidir pronto (decisión temprana) y de nuestra decisión dependerá que el caso ingrese al sistema penal o que busquemos para el adolescente una salida alternativa.



¿En qué consiste la decisión temprana? ¿Cómo funciona dentro del principio de legalidad? ¿Cómo se produce la decisión

temprana aplicando criterios de oportunidad y salidas alternativas?

La Decisión Temprana



Llamamos decisión temprana a aquella que debe tomar el fiscal en su primer contacto con los hechos o tan pronto tenga información suficiente y de calidad.

La decisión temprana es el instrumento indelegable y más importante de la Gestión de Denuncias (al que nos hemos referido en la lección anterior) pues de ella dependerá el manejo del flujo de casos y la carga de trabajo.

Por ello Podemos decir que la decisión temprana funciona como un “filtro” mediante el cual se califican o seleccionan las denuncias, separando aquellas que deben ser desestimadas o rechazadas liminarmente, de aquellas que si tienen elementos suficientes que vinculan al adolescente con la comisión del ilícito, para luego pasar a la selección más importante (decidir cuáles son los adolescentes a los que se les va a conceder la remisión)

El artículo 204 del Código de los Niños y Adolescentes regula la decisión temprana pues confiere al fiscal las siguientes posibilidades:

- Disponer la Remisión.
- Ordenar el Archivamiento.
- Solicitar la apertura del Proceso, para lo cual debe completar con la investigación.

El Principio de Legalidad

Sólo se puede iniciar un Proceso Penal a un adolescente cuando se le imputa la comisión de una Infracción a la Ley Penal, la cual debe observar estrictamente el principio de legalidad.

El Código de los Niños y Adolescentes, señala al respecto:

“Artículo 189.- Principio de Legalidad

Ningún adolescente podrá ser procesado ni sancionado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en las leyes penales de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con medida socio-educativa que no esté prevista en este Código”.

Este principio debe ser interpretado en concordancia obligatoria con lo preceptuado en nuestra Constitución y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, con quienes forma un bloque de constitucionalidad, conforme lo preceptúa la cuarta disposición complementaria y final de nuestra carta fundamental.⁸³

Así, el Artículo 2, numeral 24, ordinal “d” de la Constitución de 1993 señala:

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”

Del mismo modo la Convención Internacional de los Derechos del Niño señala en su artículo 40, 2 a, establece:

“Los Estados partes garantizarán:

Que no se alegue que ningún niño⁸⁴ ha infringido las leyes penales ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento que se cometieron.”

Conforme a esta interpretación efectuada desde el “bloque de constitucionalidad”, el principio de legalidad, implica que tanto la descripción del hecho que es considerado delito como su consecuencia o sanción deben estar previstos en la ley por “escrito”

⁸³ Al efecto, debe tenerse en cuenta, que la Cuarta Disposición Final de la Constitución de 1993, señala que “las normas relativas a los derechos y las libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, lo que significa que siempre que se interprete un derecho fundamental como es el caso del debido proceso, debe recurrirse a los tratados, especialmente a los que tienen que ver con los niños y adolescentes, que conforman la Doctrina de la Protección Integral, pues en virtud del artículo citado precedentemente, concordado con el Artículos 55, 56 y 57, se forma entre los tratados que regulan los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, “un bloque de constitucionalidad”, en la medida en que no se puede interpretar la Constitución sin el tratado. Así, a pesar de que en virtud del artículo 55 de la Constitución de 1993, sólo se les reconoce a los tratados jerarquía de ley y no Jerarquía Constitucional, los Tratados sobre Derechos Humanos, -la Convención de los Derechos del Niño para el caso que nos ocupa- tiene fuerza constitucional en la medida que concurre junto con nuestra carta magna, al momento de interpretar los derechos constitucionales de los niños y adolescentes. Ver al respecto LANDA ARROYO, César, en “El Control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray” en *Ius Et Veritas*, Año VI, N 11, Lima, PUCP, 1995 p 176-179.

⁸⁴ Recordemos que para la Convención tal como se señala en su primer artículo , se llama niño a toda persona menor de 18 años de edad.

(lex scripta), deben ser “previos” a la apertura del proceso (lex previa).y conforme al principio de tipicidad, encontrarse expresados en la norma con claridad y precisión (lex certa)⁸⁵,

La Decisión Temprana dentro del Principio de Legalidad

Desde el punto de vista procesal, conforme al principio de legalidad, los delitos (infracciones usando el eufemismo mantenido en la justicia penal juvenil), deben ser perseguidos obligatoriamente y de oficio por el Ministerio Público, una vez comprobada la existencia de mínimos fundamentos racionales de su comisión. Esto significa que el inicio de la persecución penal debe estar sustentado en concretos indicios fácticos que permitan una mínima base de convicción de la comisión de un hecho punible, toda vez que la sola imputación sustentada en suposiciones vagas no es suficiente.⁸⁶

El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales señala los requisitos necesarios para el inicio del Proceso Penal, los cuales en los Distritos Judiciales donde no se ha implementado el Nuevo Modelo Procesal Penal, son de aplicación supletoria a la Justicia Penal Juvenil:

*"Artículo 77.- Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal **sólo abrirá instrucción** si considera que de tales instrumentos aparecen **indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.** El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción.*

Tratándose de delitos perseguibles por acción privada, el Juez para calificar la denuncia podrá, de oficio, practicar diligencias previas dentro de los diez primeros días de recibida la misma.

Si el Juez considera que no procede el inicio del proceso expedirá un auto de No Ha lugar. Asimismo, devolverá la denuncia si estima que le falta algún elemento de procedibilidad expresamente señalado por la ley. Contra estas resoluciones

⁸⁵ Estas características del principio de legalidad fueron señaladas por el Tribunal Constitucional en la STC N° 010-2002-AI/TC

⁸⁶ SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición, Lima, 2003, p 314-317.

procede recurso de apelación del Fiscal o del denunciante. La Sala absolverá el grado dentro del plazo de tres días de recibido el dictamen fiscal, el que deberá ser emitido en igual plazo.

En todos los casos el Juez deberá pronunciarse dentro de un plazo no mayor de quince días de recibida la denuncia."

Con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, esta tarea en la Justicia de adultos está recayendo en el Ministerio Público, situación que exige la respectiva adaptación a la Justicia Penal Juvenil:

"Artículo 334.- Calificación

*1. Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que **el hecho denunciado no constituye delito**, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta Disposición se notificará al denunciante y al denunciado.*

Artículo 336.- Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

*1. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, **aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito**, que **la acción penal no ha prescrito**, que **se ha individualizado al imputado** y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.*

Como se puede observar pese al cambio normativo, las exigencias y límites del principio de legalidad para el inicio de la persecución penal pública, tanto en el viejo modelo procesal penal (formalización de la denuncia) como en el nuevo (formalización de la investigación preparatoria) son básicamente tres:

- a) El hecho denunciado debe ser delito, perseguible por acción pública.
- b) La acción no debe haber prescrito.
- c) El autor debe encontrarse individualizado.

Estos elementos son necesarios para el sostenimiento de la imputación. La no concurrencia de alguno, es suficiente para ordenar en sede Fiscal el archivo inmediato de lo actuado, es decir para realizar un "filtro" de las denuncias que no deben ingresar al sistema (desestimación), dentro del principio de legalidad. A continuación analizaremos cómo funcionan estos criterios en el nivel de decisión temprana.

a) Desestimación o rechazo liminar de la denuncia cuando el hecho no constituye delito, no existen indicios que revelen su perpetración o cuando la acción se ha extinguido

El hecho denunciado debe encontrarse tipificado en la Ley Penal, es decir debe tener contenido penal. Además, debe tratarse de un hecho circunstanciado en (espacio, tiempo y modo) sustentado en elementos de investigación mínimos cuyos resultados adviertan la existencia de indicios concretos (no pruebas) que permitan afirmar verosimilitud respecto de la comisión del ilícito. Si luego de la realización de las diligencias preliminares, el Fiscal considera que no es posible advertir estos indicios y por lo tanto pese a continuar con las investigaciones no existe oportunidad de tener una “causa probable”⁸⁷, debe proceder al archivo, desestimación o rechazo liminar de la denuncia, como Decisión Temprana, emitida si es posible en el mismo momento que la denuncia es interpuesta o en los primeros actos de investigación.

Igual suerte deben correr las denuncias que hayan superado el plazo de prescripción establecido en el Artículo 222 del Código de los Niños y Adolescentes

“Artículo 222.- Prescripción.-

La acción judicial prescribe a los dos años de cometido el acto infractor. Tratándose de una falta señalada en el Código Penal prescribe a los seis meses. El plazo de prescripción de la medida socio-educativa es de dos años, contados desde el día en que la sentencia quedó firme.

El adolescente contumaz o ausente estará sujeto a las normas contenidas en el ordenamiento procesal penal”.

Podemos considerar que éstos plazos son muy cortos pero, debemos tomar en cuenta que el tiempo destruye cualquier componente educativo que debe acompañar necesariamente a la medida para ser efectiva por lo que para ser oportuna no debe haber transcurrido mucho tiempo entre ésta y la acción realizada por el adolescente.

b) No exista la posibilidad de investigar con éxito el hecho

Cuando hay un hurto en una casa deshabitada o como señalamos en el ejemplo inicial de la lección, nos encontramos frente al hurto de un celular, sin que nadie pueda dar las características de los autores. Nos encontramos en éstos casos sin ninguna posibilidad de investigación, por ello es totalmente absurdo ampliar las investigaciones que no van a conducirnos a ningún lado.

⁸⁷ Entendemos que hay una “causa probable” cuando el fiscal tiene la convicción que podrá imponerse una sanción al autor de probarse el hecho denunciado. AZABACHE, César en “ Sobre el auto de inicio de instrucción” en Revista Peruana de Derecho Procesal, Número III, Lima abril de 1999, p 311-322

Por ello, en estos casos también debe procederse al archivo del caso, sin que por ello la información obtenida sea desperdiciada, pues puede servir para impulsar en forma conjunta con la Policía, la realización de un mapeo de los lugares con incidencia delictiva, la modalidad empleada y el establecimiento de labores de prevención y patrullaje en las zonas cercanas.

La Comunicación de la Decisión Temprana dentro del Principio de Legalidad

Cuando tomamos la decisión de archivar un caso, debemos entender que la razón que tenemos es básicamente jurídica, por ejemplo la prescripción. Nuestros fundamentos pueden ser válidos para nosotros pero el denunciante necesita más información sobre las razones de nuestra decisión que la simple cita a la norma legal pertinente.

El denunciante debe entender nuestras razones, por lo que nos debemos esforzar en el uso de un lenguaje directo, claro y sencillo al redactar toda disposición y más aún cuando se trata de un archivo⁸⁸. Si se apersona debe ser atendido y debe explicársele las razones de nuestra decisión, porque en esa oportunidad no podemos hacer más e inclusive debe ser informado de la posibilidad de recurrir nuestra decisión de archivo ante la Fiscalía Superior, en caso de disconformidad.

Es importante la adecuada comunicación de nuestra decisión pues esta puede coadyuvar al manejo del flujo de casos evitando la interposición de recursos de queja de derecho o funcional innecesarios, que nos quitaran tiempo de lo “importante” al atenderlos.

El Principio de Unidad en los criterios de desestimación

El Principio de Unidad que rige la actuación del Ministerio Público exige que los criterios de rechazo liminar, desestimación o archivo, los cuales funcionan como filtros que permiten el manejo del flujo de casos dentro del principio de legalidad, deben ser compartidos institucionalmente. Esto significa que los Fiscales Superiores deben ponerse de acuerdo sobre estos criterios y compartirlos, pues podría suceder que al tener un Fiscal Superior un criterio distinto que otro cuando tiene que ver una “queja de derecho” en la que se ha aplicado uno de estos criterios uno de ellos confirma la disposición de archivo mientras que el otro ordena la reapertura de la investigación.

⁸⁸ Asimismo no debemos perder de vista que en la Justicia Penal Juvenil, los destinatarios finales de nuestras decisiones son siempre los adolescentes. Las palabras que empleamos deben estar ubicadas en ese nivel.

Un segundo nivel de coordinación institucional debe propiciarse en los casos en los que se considera obligatoria la búsqueda de salidas alternativas al proceso judicial (Remisión y archivo por perdón del ofendido)

La Decisión temprana aplicando salidas alternativas

El principio de legalidad tiene como características la obligatoriedad (deben ser perseguidos todos los ilícitos penales cometidos por cualquier adolescente comprendido en las edades de responsabilidad 14 a 18 no cumplidos), oficialidad (las denuncias se persiguen de oficio) e irretractabilidad (una vez iniciada la actividad persecutoria no posibilidad que esta se detenga). Sin embargo estos principios no son absolutos, pues frente a la legalidad ha surgido como una excepción, la oportunidad que concede al Ministerio Público la facultad de abstenerse de promover la acción penal.

Mucho antes que la Justicia de adultos regulara normativamente la oportunidad, en la Justicia Penal Juvenil, ya se reconocía en documentos internacionales, la remisión como mecanismo de “diversión”, desformalización o desjudicialización de respuestas con la intervención de la comunidad para evitar los efectos estigmatizantes y negativos del propio proceso penal. Esta es una evidencia que el Derecho Penal Juvenil, tanto en la práctica como en las normas está avanzando hacia donde tendrá que transitar tarde o temprano todo el Derecho Penal.⁸⁹

Utilizando este mecanismo y el recientemente regulado “archivo por perdón del agraviado”⁹⁰, el fiscal tiene en éstos criterios de oportunidad el segundo filtro para tomar decisiones tempranas que permitan al mismo tiempo tanto el manejo del flujo de casos como la posibilidad de lograr salidas alternativas a la sanción penal como respuesta a la infracción cometida.⁹¹

Diferencia entre los criterios de oportunidad y las salidas alternativas

Los criterios de oportunidad flexibilizan el principio de legalidad por diversas razones: Nuestra Justicia Penal Juvenil regula solamente algunos criterios de oportunidad⁹².

⁸⁹ Convención Internacional de los Derechos del Niño en su Art 40.3b, (vinculante) y Reglas Mínimas de las naciones Unidas 11.1 y ss (orientadora y pauta de interpretación)

⁹⁰ Incluido en nuestra legislación mediante el Decreto Legislativo N° 990

⁹¹ Las salidas sólo pueden considerarse alternativas si evitan la sanción penal. (Tercera Vía)

⁹² Subrayamos las figuras reconocidas en nuestra legislación en Justicia Penal Juvenil.

Utilidad: Remisión, archivo por perdón del ofendido, principio de oportunidad, acuerdos reparatorios, suspensión del proceso a prueba y de la medida, conversión de la medida.

Eficiencia: Terminación anticipada, conclusión anticipada de juicio.

Eficacia: Colaboración eficaz (Art. 199 del Código de los Niños y Adolescentes)

Llamamos en cambio salida alternativa a aquella respuesta distinta a la sanción. Desde esta perspectiva sólo la remisión a nivel fiscal y el archivo por perdón del ofendido pueden considerarse salidas alternativas, pues como veremos en su momento la remisión judicial implica siempre la imposición de una medida (sanción penal) no siendo por ello en estricto una salida alternativa.

Los dos filtros de la Decisión Temprana



Como parte de sus actividades de Gestión de denuncias el Fiscal debe “filtrar” los casos que tiene a su cargo tanto dentro del principio de legalidad como buscando la aplicación de salidas alternativas dentro de la oportunidad.

El principio de legalidad como primer filtro.-

El Fiscal aplicando dentro del principio de legalidad, debe distinguir los casos en los que no se puede o no se debe investigar, de aquellos que si es necesario completar actos de investigación dirigidos a obtener información mínima que permitan denunciar (sistema inquisitivo) o formalizar la investigación preparatoria (sistema acusatorio).

La Oportunidad como filtro que permite la aplicación de salidas alternativas

Una vez reunidos elementos concretos sobre el carácter delictivo del hecho denunciado y teniendo indicios razonables que vinculan al adolescente denunciado con el mismo, los cuales una vez acreditados en el proceso podrían ser sustento de una sentencia condenatoria. Cabe preguntarnos si ¿Más favorable que esa sanción penal es que el adolescente no ingrese al proceso judicial y que se propicie una respuesta a la infracción con el acompañamiento de los servicios comunitarios? Si la respuesta es afirmativa y hemos analizado integralmente la información con la que contamos (sobre el hecho y sobre el adolescente) y además hemos verificado que reúne los requisitos que exigen nuestras normas legales podemos apostar por ejemplo por una Remisión, coordinando para el efecto con los actores locales (unidad receptora y de acompañamiento) que hemos comprometido en la Segunda Unidad.

La coordinación es fundamental pues de la ejecución o no de las actividades propiciadas en la Salida Alternativa por la que se apuesta dependerá si la misma ha servido como una oportunidad para el adolescente y su propia comunidad o únicamente como mecanismo de descongestión o descarga procesal.

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Dentro del principio de legalidad se presenta un primer filtro para la selección de casos, pues es necesario verificar algunas condiciones para continuar con la investigación tales como que el hecho constituya delito, que se haya identificado al autor y este haya cometido el hecho entre los 14 y antes de cumplir los 18 años, que la acción no haya prescrito, que el delito sea perseguible por acción pública y que existe la posibilidad de investigarlo con éxito.

La selección de estos casos es fundamental, pues muchas veces es suficiente la revisión de la denuncia para reconocerlos. Aunque debemos reconocer que también hemos caído en la tentación de “investigarlos primero” para luego recién archivarlos.

Asimismo en esta lección hemos reconocido la importancia que tiene que las Fiscalías Superiores compartan los mismos criterios de desestimación.

Por ello en aras de ponernos de ponernos de acuerdo y recordar estos casos que no debemos ni podemos investigar, damos dos ejemplos de “casos que nacieron muertos”.

1 ER caso

2 DO caso

LECTURA



SOLARI ESCOBEDO, Azucena “La Remisión Fiscal, el caso de Lima en la Revista Justicia para crecer N°2, Abril Junio 2006, p 20-21

OBJETIVO: Identificar las dificultades en la aplicación de la remisión por parte de los fiscales.

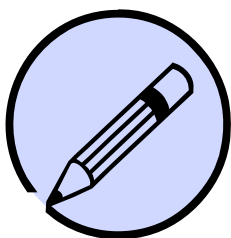
1. ¿De acuerdo a las estadísticas referidas en este artículo cuáles crees que son las razones de la poca aplicación de la remisión?
2. ¿Cuáles son las principales limitaciones que observa la autora para la aplicación adecuada de la remisión?
3. ¿Cuáles son las propuestas concretas para superar éstas limitaciones?
4. ¿Cuál es el papel que lo toca desempeñar el MIMDES en esta tarea?

TEMA 03

LA REMISIÓN EN SEDE FISCAL COMO SALIDA
ALTERNATIVA

“Quien remite un caso, ya sea un fiscal o juez, no cree en el proceso penal y en la sanción –mayor o menor, extensa o reducida- como una solución adecuada para el niño ni para la sociedad.”

Atilio Alvarez



Punto de partida: La poca utilización de la Remisión

El año 2007, ingresaron a Nivel Nacional 14647 denuncias a nivel nacional y se aplicaron únicamente 376 remisiones (2,6%). Ese mismo año el porcentaje de aplicación de la remisión fue de 128 remisiones de un total de 4734 denuncias recibidas (2,7%). Este año (2009), entre los meses de enero a junio se han recibido en Lima 3534 denuncias habiéndose aplicado hasta la fecha únicamente 39 remisiones (1,1%)⁹³

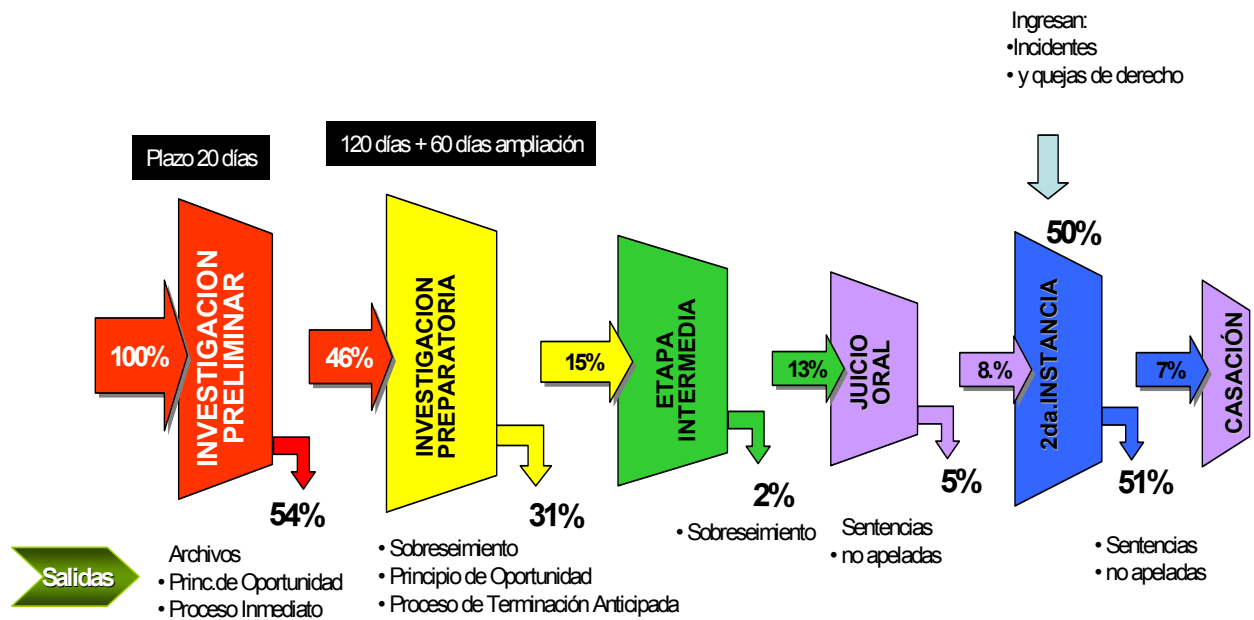
Esta situación ya ha sido advertida por el Comité de Derechos del Niño pues en las recomendaciones efectuadas durante el día de discusión general sobre la justicia juvenil (CRC/C/46 & 203/238) ha expresado como preocupaciones prioritarias referidas a nuestro país la escasa utilización de la remisión y la falta de programas de recuperación y reintegración social para los niños.⁹⁴

Debemos advertir además que los porcentajes obtenidos en la Justicia, sobre el nivel de utilización de la Remisión, distan mucho de los porcentajes que se exigen sobre la utilización de las salidas alternativas en el Nuevo Modelo Procesal Penal. Veamos el siguiente cuadro:⁹⁵

⁹³ Fuente unidad de estadística del Ministerio Público.

⁹⁴ Junto con la poca cobertura de la Justicia Especializada y las malas condiciones de la detención. Un resumen de estas observaciones se pueden encontrar en Justicia para crecer N° 2, Abril-Junio 2006 p 22-23.

⁹⁵ Propuesta del Ministerio Público del Ministerio Público para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, Ministerio Público, Lima 2005, p 55.



Según el mismo documento, la cifra óptima de la aplicación del principio de oportunidad es del 20% y de archivos o rechazos liminares del 30%, lo que significa que sólo utilizando estas herramientas la carga procesal en el nuevo modelo debería reducirse al 50%. ¿Por qué utilizamos poco las herramientas procesales con las que contamos? ¿Será tal vez que conocemos de modo suficiente la forma en la que tenemos que aplicarlas y las ventajas que tiene hacerlo?



Por ello en esta lección abordaremos la Remisión como salida alternativa. Para el efecto hemos considerado conveniente plantearnos algunas interrogantes guía ¿Cuál es su concepto? ¿Cómo regulan la remisión las normas internacionales que sustentan la Doctrina de la Protección Integral? ¿Qué presupuestos se necesitan para su concesión? ¿Cuáles son las semejanzas y diferencias entre la Remisión y el Principio de Oportunidad?

¿Qué es la Remisión?



La remisión no es otra cosa que “remitir” al adolescente a las instituciones de la comunidad para que éstas brinden una respuesta a la infracción cometida distinta a la sanción penal. En este sentido, funciona dentro de los criterios de oportunidad como alternativa al proceso judicial en sí mismo (mecanismo de diversión, desformalización o desjudicialización) y además como auténtica salida alternativa frente a la respuesta punitiva, que de iniciarse y culminar el proceso judicial probablemente le sería impuesta

Regulación normativa de la Remisión

La Remisión se expresa en la disposición de abstención de ejercitar la acción penal pública, emitida de oficio por el Fiscal al amparo de la atribución conferida en el inciso “b” del artículo 204 del Código de los Niños y Adolescentes y notificada a los sujetos procesales (adolescente, sus padres, defensa y al agraviado), con la finalidad de que no ingrese al Sistema Penal siempre que ser comprometa conjuntamente que sus padres o responsables a seguir programas de orientación supervisados por el MINDES⁹⁶

“Artículo 206.- Remisión.-

El Fiscal podrá disponer la Remisión cuando se trate de infracción a la ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el MIMDES o las instituciones autorizadas por éste y, si fuera el caso, procurará el resarcimiento del daño a quien hubiere sido perjudicado.”

Nuestra regulación nacional, tal como señalamos antes debe ser interpretada y aplicada en forma concordada con la regulación internacional, la cual conforme al Artículo 55 de nuestra constitución, forma parte de nuestro derecho interno. Por ello es fundamental que recordemos que la institución de la Remisión, se encuentra regulada en el Artículo 40.3.b de la Convención Internacional de los Derechos del Niño la cual señala:

“3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido las leyes penales, y en particular:

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

Esta norma internacional vinculante debe ser interpretada en concordancia con aquellas declaraciones internacionales que si bien no tienen ese carácter tienen mucha utilidad pues operan criterios de interpretación válidos por tratarse de fuentes del Derecho Internacional e incluso constituyen en su conjunto el estándar de

⁹⁶ El artículo 144 del Código de los niños y Adolescentes señala que le compete al Fiscal conceder la remisión como forma de exclusión del proceso. Nosotros preferimos señalar que es un mecanismo de abstención del ejercicio de la acción penal pues el proceso penal aún no ha empezado y por ello no se podría hablar de exclusión de un proceso que aún no ha comenzado.

aplicación exigido en el proceso de adaptación de las legislaciones internas a la Doctrina de la Protección Integral.

En este orden de ideas, tenemos a la Regla 11 de las Reglas Mínimas Uniformes de la Organización de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, la cual inclusive con anterioridad a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, desarrolla la institución de la Remisión:

11. Remisión de casos

*11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.*⁹⁷

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

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

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

Por otro lado, las Directrices de Riyadh (Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, enmarcan la institución de la Remisión como parte de una política de intervención progresiva y descriminalizadora:

5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir:

⁹⁷ Las autoridades a las que se refiere este artículo son la Corte Tribunal o quien haga sus veces.

a) La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales;

b) La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien;

c) Una intervención oficial que se guíe por la justicia y la equidad, y cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes;

d) La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes;

e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta;

f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de "extraviado", "delincuente" o "predelincente" a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

6. Deben crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han establecido todavía organismos oficiales. Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social.

58. Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.

Características de la Remisión

De acuerdo a las normas glosadas anteriormente, podemos señalar que la Remisión a nivel Fiscal se caracteriza por:

- a) Se trata de una institución propia de la Justicia Penal Juvenil, enmarcada dentro de los criterios de oportunidad reglada, pero con matices distintos a los regulados en la Justicia de Adultos, pues al tener como fundamento el Interés

Superior del Niño, no puede tener por finalidad la mera descongestión de la carga procesal.

- b) Se parte del entendimiento que el propio Proceso Penal, debe ser de última ratio (último recurso) pues se reconoce sus efectos criminógenos. Por ello apuesta por la despenalización de comportamientos que no son graves, remitiéndolos para su tratamiento a las instituciones de la comunidad lejos del “etiquetamiento” y “estigmatización”. Incluso propugna la no intervención como respuesta es decir sin envío a programas sociales⁹⁸.
- c) Se propugna que los programas comunitarios a los que el adolescente es remitido deben responder a sus necesidades, ser eminentemente educativos y contemplar mecanismos de orientación y supervisión temporal, así como programas de compensación y restitución de las víctimas⁹⁹.
- d) La Remisión tiene un rol preventivo, pues no solo forma parte de una política que concibe que la intervención estatal tiene que ser progresiva, sino que también busca atacar las causas y reducir las oportunidades de comisión de nuevos ilícitos (reincidencia)
- e) La decisión sobre la remisión y las actividades que la comprenden deben ser asumidas con absoluta libertad por el adolescente, quien debe expresar su consentimiento. Además pueden ser impugnadas por la víctima y revisadas por una instancia superior, quien también se encontraría en capacidad de revisar la validez del consentimiento prestado por el adolescente si éste, sus padres o responsables lo cuestionan.¹⁰⁰

⁹⁸ Lamentablemente este archivo sin respuesta no ha sido recogido en nuestra legislación, como si se encuentra regulado en la Legislación Española que contempla la posibilidad de desistimiento de la incoación del expediente a cargo del Ministerio Fiscal por corrección en el ámbito educativo y familiar (Cfr Artículo 18 de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores) Frente a esta situación tenemos que apelar a la creatividad a fin de complementar los criterios de oportunidad y no vulnerar la mismo tiempo el principio de proporcionalidad en las respuestas. Una alternativa al respecto sería la aplicación de alguna actividad educativa muy corta. Ejemplo: “Que escriba lo que le ha pasado y la enseñanza que ha obtenido”

⁹⁹ Mediante D.S. N° 008-2006 el MIMDES reglamentó el artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes, señalando que los programas de orientación deben estar fundamentados en un diagnóstico de aptitudes que posibilite orientar su perfil ocupacional y organizar un proyecto de vida, a fin de integrarlo a su medio socio-familiar. Mediante la Ejecución de un Plan de intervención en el que se describirán las acciones a seguir, las cuales pueden ser: a) Promoción dirigida a obtener la participación e integración social de los adolescentes. b) Prevención frente a grupos en riesgo (drogadicción y el alcoholismo) c) Educación y cultura de los adolescentes, d) Aprovechamiento del tiempo libre (actividades educativas, de nivelación académica y actividades vocacionales) e) Aprovechamiento de los recursos sociales y comunitarios cercanos al adolescente (actividades lúdicas y desarrollo de habilidades), f) Prevención encaminada a evitar las posibles situaciones de desprotección social de los adolescentes y a eliminar o reducir los factores de riesgo, g) Apoyo familiar tendente a favorecer el mantenimiento de los lazos afectivos y de su entorno social (trabajo con los padres, terapia familiar, orientación y asesoría a través de talleres con la familia)

¹⁰⁰ El Artículo 205 del Código de los Niños y Adolescentes prevé la posibilidad de apelar la decisión de remisión dentro del término de tres días de notificada la disposición.

Requisitos para la concesión de la Remisión

La disposición de Remisión Fiscal tiene dos requisitos materiales que aunque no están regulados de modo expreso en nuestra legislación, emergen de su “ratio legis” y de la interpretación sistemática de las normas internacionales glosadas. El primero es que la aplicación de la remisión debe ser respetuosa de la presunción de inocencia. Esto significa que para aplicar la remisión debemos encontrarnos frente a una “causa probable”, es decir debemos tener suficientes elementos que vinculan al adolescente con la comisión del hecho, en caso contrario deberíamos proceder al archivamiento del caso dentro del principio de legalidad y no a la Remisión. El segundo requisito material, es que la decisión que tomemos debe estar sustentada en el análisis riguroso de toda la información de calidad con la que se cuenta sobre las circunstancias personales y sociales del adolescente, fundamentalmente en la valoración que se hace de su potencialidad. La opción por la remisión sin este conocimiento previo la convertiría en una decisión de descarga procesal, sin evaluar lo más conveniente para el adolescente, es decir una decisión “a ciegas” destinada en la mayoría de veces al fracaso.¹⁰¹

Asimismo, conforme a nuestra legislación (Artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes) para concederse la Remisión a nivel fiscal debe cumplirse con dos requisitos formales:

- a) La infracción cometida no debe revestir gravedad.
- b) Compromiso del adolescente y de sus padres o responsables para seguir programas de orientación.

La consideración de la **poca gravedad** en la comisión de la infracción a la Ley Penal, debe ser entendida maximizando sus alcances, con la finalidad de incluir la mayor cantidad de casos dentro de las posibilidades de Remisión. En este sentido, de la interpretación sistemática de los artículos 202 y 201 del Código de los Niños y Adolescentes podemos concluir que las infracciones de poca gravedad son todas aquellas que en teoría permitirían a la Policía hacer la entrega del adolescente a su padres o responsables, previa verificación domiciliaria, es decir todas aquellas en las que no hay violencia ni grave amenaza en la comisión de la infracción a la Ley Pena.

De este modo en todos aquellos ilícitos realizados por el concurso de dos o más personas, si sería posible la aplicación de la remisión, pues este hecho si bien sería

¹⁰¹ En la Segunda Unidad hemos hecho referencia a la necesidad de que algunas instituciones nos ayuden en esta tarea de Diagnóstico, para ello necesitamos básicamente trabajadores sociales y psicólogos, que actuando como equipo nos den su apreciación conjunta. La valoración del mismo debe ser expresada en la disposición de Remisión.

una agravante en la Justicia Penal de Adultos, en la Justicia Penal Juvenil, no funcionaría como agravante. Por ejemplo el hurto agravado realizado con el concurso de dos o más personas (Artículo 186,6 del Código Penal) debe ser interpretado como un ilícito no grave.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta además, que la actuación en grupo en los adolescentes, nunca debe considerarse una agravante pues tal como lo ha admitido la doctrina comparada es mas bien un dato distintivo y una forma común de comportarse, propia de su edad especialmente vulnerable a la influencia de sus pares.¹⁰²

Otro aspecto que también merece ser tomado en cuenta al momento de la calificación de un hecho como grave, es el vinculado a la producción del injusto, pues las distintas formas de interacción y valoración de los conflictos por parte de los adolescentes nos obligan a una cuidadosa interpretación de los tipos penales que cometen en cada caso concreto. Por ejemplo, dos adolescentes después de un partido de fútbol, se pelean uno de ellos le quita la pelota y se la lleva, luego de haberle propinado golpes de puño en el rostro. Este hecho puede ser calificado como un caso de Robo Agravado (Artículo 189 del Código Penal) y puede ser visto como un delito absolutamente grave si lo miramos desde el prisma de adultos, pero si lo vemos desde la perspectiva de los dos adolescentes implicados tal vez sea un conflicto menor que podría resolverse con la devolución de la pelota y las disculpas del caso. Por lo que la mirada de los propios adolescentes sobre los conflictos que protagonizan debe ser un elemento a tomarse en serio al momento de calificar un hecho como grave, con la finalidad de no cometer una injusticia.¹⁰³

En este mismo sentido, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, no pueden ser consideradas automáticamente como un hecho grave, más aún si es que no existe una mínima diferencia de edades que permita prever el aprovechamiento de uno sobre el otro. Por ejemplo, será con toda razón considerada como grave la relación sexual de un adolescente de 15 años con una niña de 8, no así la relación de un adolescente de 15 con su enamorada de 13.

Por ello, cada situación exige una valoración en concreto de la gravedad. Más aún si tenemos en cuenta que si bien mediante el Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008 (Jurisprudencia Vinculante) se ha declarado que están exentos de responsabilidad quienes sostienen relaciones sexuales con personas mayores de

¹⁰² Cfr COUSO, Jaime en “Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho Penal y Procesal Penal de adolescentes, el caso de la Ley Chilena” publicado en Justicia y Derechos del Niño N° 10 UDP-UNICEF Santiago de Chile, 2008, p 107.

¹⁰³ Cfr COUSO, Jaime en “Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho Penal y Procesal Penal de adolescentes, el caso de la Ley Chilena” publicado en Justicia y Derechos del Niño N° 10 UDP-UNICEF Santiago de Chile, 2008, p 107

catorce, el problema se presenta cuando dos adolescentes sostienen relaciones sexuales consentidas y uno de ellos es menor de catorce años de edad.

Es en estos casos, donde es necesario efectuar una interpretación que garantice la plena vigencia del principio de proporcionalidad e impida la agravación automática de este tipo de comportamientos, que por el contrario merecen un tratamiento legal especial. Para este efecto, consideramos de mucha utilidad los factores complementarios de atenuación esbozados por el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 (Concordancia Jurisprudencial de la Corte Suprema del 16 de noviembre del 2007) tales como:

- a) Que la diferencia de edades no sea excesiva.
- b) Que exista entre el sujeto activo y pasivo un vínculo sentimental,
- c) Sus costumbres y percepción cultural.
- d) La aceptación voluntaria del sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Consideramos, que éstos aspectos si bien han sido dejados sin efecto como jurisprudencia vinculante por nuestra Corte Suprema, bien pueden servirnos como criterios interpretivos para determinar la gravedad o no gravedad de las relaciones sexuales consentidas entre un adolescente mayor de catorce años (sujeto activo) con una adolescente de menos edad y de ser el caso atenuar la respuesta, y por qué no hasta aplicar la remisión.

La Remisión y el resarcimiento del daño causado a la víctima

“Cuando un niño roba una bicicleta, hay que interesarse por el niño y no por la bicicleta”

Philippe Chaillou

El resarcimiento del perjuicio ocasionado no es un requisito para la concesión de la Remisión, pues ésta en sí misma no tiene naturaleza resarcitoria, al encontrarse centrada fundamentalmente en las necesidades de orientación educativa del adolescente. Esto no significa que no sea importante, por el contrario, y así lo reconoce la parte final del Artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes, debe propiciarse el resarcimiento del perjuicio ocasionado durante el seguimiento del programa ya sea llevado a cabo mediante un proceso exitoso de mediación o incluso sin ella como compromiso voluntariamente asumido por el adolescente y su familia.

El problema en realidad se sitúa, en el plano de la ejecución, pues si el compromiso asumido no se cumple, no hay mecanismo legal en nuestra legislación para solicitar su ejecución judicial, pues conforme a ella, para ser exigible judicialmente el acuerdo debe estar formulado siguiendo la modalidad de transacción, con el problema

adicional por tratarse de los actos derivados de la acción efectuada por un adolescente, que ésta debe ser aprobada por el Juez.¹⁰⁴

La situación anteriormente descrita requiere una modificación legal urgente. Sin embargo mientras ésta llega para hacer ejecutables los acuerdos y darles un componente educativo, en su formulación debe preferirse los compromisos sobre actividades reparadoras (prestaciones de hacer e incluso de no hacer), sea en beneficio del propio perjudicado o de la comunidad, en vez de prestaciones de dar, que ante la dependencia económica de los padres, poco efecto educativo tienen.

En todo caso, una vez concedida la remisión el agraviado que pretenda una reparación civil, no tiene otro camino que solicitar la indemnización en sede civil invocando para el efecto el artículo 1975° del Código Civil.¹⁰⁵

La imposibilidad de revocar la Remisión

Teniendo en cuenta que pese al incumplimiento del compromiso no existe posibilidad legal de revocar la Remisión una vez concedida, se corre el riesgo de que ésta funcione únicamente como mecanismo de descongestión procesal, pues podríamos contar a nivel de producción fiscal muchas remisiones, pero si analizamos cada una de ellas tal vez veamos mucho fracasos en los mecanismos de acompañamiento. Por esta razón consideramos acertado que mediante una modificación legislativa se permita la suspensión de sus efectos hasta el efectivo cumplimiento de lo asumido en el compromiso. Esta suspensión no debería superar los 3 meses en el caso de las faltas (por el plazo de prescripción de seis meses¹⁰⁶) y los 9 meses en el caso de los demás ilícitos (pues al ser el límite máximo fijado como plazo en el principio de oportunidad para los adultos¹⁰⁷)

En tanto la modificación legislativa se produce, es necesario hacer que la ley actual sea efectiva. En este orden de ideas tenemos dos caminos o simplemente apostamos por el adolescente y nos concentramos en los recursos comunitarios

¹⁰⁴ Cfr Artículo 14.1 del Nuevo Código Procesal Penal que regula la transacción con los Artículos 448 inciso 3 y el 1307 del Código Civil. La solución estaría en que siempre que se llegue a un acuerdo al haberse efectuado en sede fiscal, no sea necesaria su aprobación judicial y tenga al mismo tiempo valor de título ejecutivo conforme a la regla prevista en el inciso 8 del Artículo 688 del Código Procesal Civil. De este modo, se cerraría definitivamente la discusión sobre la reparación civil, dándose incluso por satisfecha ésta ante el cumplimiento de la actividad reparadora pactada con la víctima, o de lo contrario (si tiene un componente económico) podría ser ejecutado judicialmente.

¹⁰⁵ El Artículo 1975, señala “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”

¹⁰⁶ Artículo 222 del Código de los Niños y Adolescentes.

¹⁰⁷ Artículo 2.3 del Nuevo Código Procesal Penal.

para hacer que la remisión sea efectiva, sin poder ejercer ningún tipo de control cuando el compromiso asumido no se cumple o interpretamos la norma, entendiendo a la Remisión no como una decisión cuyos efectos se despliegan al margen del cumplimiento de sus fines; sino como un proceso en el cual se encuentra inserto un programa, por lo que sus efectos en cuanto a la extinción de la acción penal, no podrían desplegarse hasta que el adolescente no cumpla con el compromiso asumido al efectuarse su Remisión a los programas de la comunidad. El modo como se haría posible la concesión de la remisión siguiendo esta interpretación sería el siguiente:

1° Cuando se informe al adolescente la posibilidad de la Remisión, éste debe ingresar a una etapa de Diagnóstico ante la institución de la comunidad que desarrollará esta tarea (El diagnóstico debe ser emitido en un plazo razonable, el cual no debe durar más de un mes, incluso en casos complejos)¹⁰⁸

2° Una vez recibido el diagnóstico y valorada la propuesta de intervención, con los compromisos respectivos debidamente firmados sobre las actividades a cumplir tanto por el adolescente como por sus padres o responsables, el fiscal emitiría la disposición de Remisión e ingreso al programa de orientación y derivará a la institución referente, indicándose el tiempo de duración, la periodicidad de los informes de avances. Asimismo, controlará su cumplimiento y de ser el caso corregirá las anomalías que ocurran.

Al fijar un periodo de duración del programa debemos valorar la propuesta de intervención, los compromisos asumidos y el plazo de prescripción, procurando que el programa no sea demasiado extenso y que los objetivos trazados no sean demasiado ambiciosos y puedan verificarse de modo concreto. Con un programa demasiado largo, corremos el riesgo de que la decisión final de abstención que implicaría el éxito alcanzado por el adolescente al haber culminado el programa pierda su efecto educativo, frente a la vida del adolescente que tal vez “ya está en otra cosa”. En este sentido, nada obsta a que se pueda tener la flexibilidad necesaria para que se pueda modificar la actividad educativa adecuándola a las necesidades concretas del adolescente e incluso de ser el caso, procederse al archivo de los actuados pese al incumplimiento cuando éste no sea imputable al adolescente y su cumplimiento ya no tenga efecto educativo alguno.

3° Una vez finalizado el programa debe emitirse la disposición de Abstención y archivo de los actuados. El adolescente puede continuar si lo desea desarrollando actividades adicionales incluso en la misma institución, pero éstas serán un plus voluntario y adicional. La Institución debe procurar derivarlo a otros

¹⁰⁸

El Convenio entre el Ministerio Público y Tierra de Hombres establece como plazo 22 días.

servicios normalizados (generales) que promuevan sus derechos y le permitan el buen uso de su tiempo libre.

La Remisión y el Principio de Oportunidad de la Justicia Penal de Adultos

Veamos el siguiente cuadro en el que se aprecian los supuestos de hecho contemplado en el principio de oportunidad de acuerdo al Artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal, al que hemos añadido ejemplos propios de la Justicia Penal Juvenil.

Supuestos de hecho	Reparación
a) Pena natural en los delitos culposos y dolosos, sancionados con pena privativa de la libertad no mayor a 4 años	Sin reparación Ejemplos: Culposo: El adolescente que sin percatarse que su hermanita está muy cerca enciende rápidamente el mototaxi con el que trabaja y la lesiona. Doloso: El adolescente que tratando de hurtar un equipo de sonido de un establecimiento recibe una descarga eléctrica y pierde el brazo.
b) Escasa insignificancia (bagatela donde no hay interés público comprometido mientras la pena máxima no superen los 2 años.	Con reparación Ejemplo Un adolescente ingresa a una tienda luego de jugar un partido de fútbol y sustrae una bebida.(Art. 445 CP)
c) Casos de mínima culpabilidad de hechos que no se encuentren conminados con pena superior a los 4 años Asimismo debe apreciar las circunstancias del hecho, las condiciones del agente y el no compromiso de un interés público. 14° Error de tipo y de prohibición. 15° Error de comprensión culturalmente condicionado 16° Tentativa 21° Eximentes relativas	Con reparación, Ejemplo: Un adolescente sustrae un celular y en circunstancias en las que corre, arroja el celular y es atrapado por personal policial. Este hecho tendría que ser calificado como tentativa pues para entenderse consumado el apoderamiento, no es suficiente la aprehensión de la cosa y la separación de la posesión de su propietario, sino que es necesaria además tener la disponibilidad potencial aunque ésta sea momentánea y fugaz.

25° Complicidad	(Jurisprudencia Vinculante de la Corte Suprema, Sala Penal Permanente R.N. 102-2005, publicada en El Peruano el 20 de abril del 2005 p. 6171)
-----------------	---

Si comparamos la Remisión con el Principio de Oportunidad Reglado de la Justicia de Adultos, llegaremos a la conclusión que los supuestos contenidos en la Remisión son mucho más amplios que los regulados en el principio de oportunidad.

Así, el principio de oportunidad regula el mecanismo de abstención a cargo del fiscal, contemplando como condición la efectiva reparación a cargo del autor o exista el acuerdo con el agraviado en ese sentido, suspendiéndose los efectos de la abstención hasta el cumplimiento del pago.

El único caso en el que no se contempla la reparación es el caso de autor-victima regulado en el Artículo 2.1 a del Nuevo Código Procesal Penal, también conocido como “penal natural”, pues en este caso la reparación resulta innecesaria y es justamente éste el único supuesto que al no subsumirse dentro de los alcances de la remisión regulada en la justicia penal juvenil, debe aplicarse supletoriamente a los adolescentes, en atención al principio de favorabilidad contenido en el inciso 11 del artículo 139 de nuestra Constitución.

Semejanzas y Diferencias entre la Remisión y el Principio de Oportunidad

Semejanzas¹⁰⁹

- Para aplicar tanto una remisión como un principio de oportunidad debe haber causa probable, eso significa que el Fiscal no puede hacer uso de estas herramientas procesales si no tiene concretos indicios de responsabilidad, pues en estos casos debe aplicar el archivo dentro del propio principio de legalidad.
- Ambas son salidas alternativas regladas, pues evitan el proceso y la imposición de una sanción.

Diferencias

- La remisión no está vinculada con el resarcimiento del perjuicio, como el principio de oportunidad; sino, con el cumplimiento de un compromiso (programa de orientación el cual si bien no excluye la realización de un acto

¹⁰⁹ Estas semejanzas también son de aplicación al archivo por perdón del agraviado al que nos referiremos en la siguiente lección.

reparador, no lo asume como exigencia legal para su concesión). Por esta razón, pese a la abstención por Remisión, el agraviado puede recurrir a la instancia judicial para solicitar una indemnización. (Responsabilidad Extracontractual)¹¹⁰

- La Remisión siguiendo una interpretación literal es irrevocable, esto significa que una vez concedida no puede ser dejada sin efecto. El principio de oportunidad en cambio tiene efectos suspendidos. Cuando no se cumple se promueve la acción. Sin embargo como hemos señalado en esta lección, podemos interpretar a la Remisión sin desvincularla de sus fines, haciendo que sea efectiva.

La Remisión y los Acuerdos Reparatorios de la Justicia de Adultos

El nuevo Código Procesal Penal, regula en su Artículo 2.6 los acuerdos reparatorios los cuales en realidad al ser una expresión del principio de oportunidad, comparten con éste las semejanzas y diferencias ya anotadas con la Remisión de la Justicia Penal Juvenil, la cual dicho sea de paso subsume completamente todos sus supuestos de hecho.

En los acuerdos reparatorios, debe destacarse que en los delitos que expresamente establece la ley procesal, es obligatorio para el fiscal propiciarlo, pues si decide la formalización de la investigación preparatoria si hacerlo podría deducirse (cuestión previa). Este aspecto nos parece particularmente importante, pues si en éstos delitos se privilegia la búsqueda de salidas alternativas en la justicia de adultos, con mayor razón debe propiciarse la utilización de la remisión (que como hemos señalado anteriormente subsume sus supuestos)

Los tipos penales contenidos en el Código Penal en los que es obligatoria propiciar un acuerdo reparatorio como salida alternativa y que por tanto debe ser también buscada con la misma exigencia la Remisión son: Lesiones Leves (Artículo 122), hurto simple (Artículo 185) hurto de uso (Artículo 187), hurto de ganado (Artículo 189-A), estafa (Artículo 196), Daños (Artículo 205), así como en los delitos culposos¹¹¹.

¹¹⁰ En cambio el archivo por perdón del agraviado sí lo está pues para que haya archivo es necesario el resarcimiento del daño ocasionado (Artículo 206-A del Código de los Niños y Adolescentes)

¹¹¹ El Artículo 2.6 del Nuevo Código Procesal Penal también contempla a los tipos penales contemplados en los Artículos 197° (Defraudaciones), 198° (Fraude en la Administración de personas Jurídicas) y 215° (libramiento indebido). Nosotros hemos preferido excluirlas por su casi imposible incidencia en el caso de la Justicia Penal Juvenil.

Algunas ideas fuerza

En esta lección hemos profundizado en los alcances que tiene la Remisión. Consideramos oportuno remarcar algunas ideas que consideramos centrales al momento de aplicarla:

- En todos los ilícitos donde se aplica en la Justicia Penal de adultos, el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, es posible aplicar la abstención por Remisión, en la justicia Penal Juvenil. Además, también se puede aplicar en todos los ilícitos donde no haya violencia o grave amenaza a la persona. Para este efecto debemos utilizar los criterios de valoración de la gravedad abordados en esta lección, con la finalidad de maximizar los supuestos de aplicación.
- En el caso de penal natural, al ser este supuesto el único que no se encuentra regulado dentro del ámbito de la remisión conviene efectuar una aplicación supletoria del principio de oportunidad, con la finalidad de aplicar en este caso un mecanismo de desjudicialización sin necesidad de remisión.
- En las infracciones de bagatela, en la que la propia familia y demás instituciones han efectuado una respuesta satisfactoria, al no establecerse en la legislación la posibilidad de archivo o abstención sin remisión, debe aplicarse, como hemos señalado en esta lección, alguna actividad educativa muy corta. Ejemplo: “Que escriba lo que le ha pasado y la enseñanza que ha obtenido”
- Solo puede aplicarse la Remisión cuando existe “causa probable”, cuando ésta no existe se debe proceder al archivo dentro del propio principio de legalidad, pues debe respetarse estrictamente el principio de presunción de inocencia. Por esta misma razón, si la Remisión fracasa, no puede emplearse las declaraciones que el adolescente haya brindado en el marco del programa para sostener su responsabilidad, por lo que tendrá que retomarse la investigación en el estado en el que se quedó.
- Para la abstención de la acción penal y archivo, debe haberse cumplido con el programa de orientación. El programa debe ser efectivamente realizado y alcanzado los objetivos.

- No es necesario el resarcimiento para la concesión de la Remisión pero durante el desarrollo del programa de orientación debe procurarse la mediación y la reparación del daño, así como propiciarse la realización de actos reparadores en beneficio de la víctima o de la propia comunidad.(las actividades reparadoras en la remisión priorizan el hacer y no hacer, sobre el dar)

La Remisión como herramienta de la Justicia Restaurativa



No podemos afirmar que somos operadores dentro de la Doctrina de la Protección Integral, con niveles tan bajos de aplicación de la Remisión. Tenemos que usarla más y hacer que funcione en nuestra propia comunidad como la principal herramienta de la Justicia Restaurativa.

La remisión no es impunidad, y el adolescente lo tiene que entender en la práctica, por ello debemos asegurarnos que los programas en los que sean insertados sean cumplidos. La única forma de lograrlo es demostrando con hechos nuestra implicación como parte de nuestro ejercicio profesional y trabajando con una estrategia de RED en nuestra comunidad.

En este sentido, cuando estamos frente a un adolescente al que anteriormente le hemos concedido la Remisión, antes de prejuzgar su reincidencia, preguntémonos ¿Qué, de modo concreto hemos hecho por él para acompañarlo en esa oportunidad?, luego analicemos cuidadosamente la “información de calidad” con la que contamos y valoremos su potencial, que de hecho tiene.

En esta tarea seamos especialmente cuidadosos, con la valoración de su medio familiar. Es verdad que la familia condiciona muchas cosas, pero no determina, pues aún en medio de la adversidad un ser humano puede mejorar y hasta cambiar. Claro que debemos ser conscientes que todo cambio al ser un proceso lleva tiempo, y requiere además de la colaboración de la comunidad a través de actores sociales concretos, quienes deben ayudarlo psicológicamente y socialmente tanto a él como a su familia, para de este modo mejorar su dinámica familiar modificar sus patrones de comportamiento y la forma en que resuelven sus conflictos.

Después de hacerlo, démonos nosotros y la comunidad una oportunidad más y dispongamos nuevamente su remisión, afinando los errores que cometimos en la anterior oportunidad en el programa de orientación y en los mecanismos de seguimiento.

Ahora si pensamos que un adolescente no tiene solución y no puede cambiar tal vez debemos tomar la decisión de cambiar nosotros, de especialidad por ejemplo.

APLICANDO LO APRENDIDO

Usando los insumos de esta lección modifica los formatos de remisión Fiscal que utilizas en tu despacho

No te olvides de considerar:

- a) La normatividad Nacional e internacional.
- b) La valoración de la gravedad de los hechos.
- c) La Valoración de las potencialidades del adolescente.
- d) Señalar el tiempo de duración del programa y reservar la abstención para el momento de su cumplimiento.
- e) Utilizar un lenguaje llano y sencillo, teniendo en cuenta que el destinatario final de la remisión es el propio adolescente. Para este efecto recomendamos el uso del Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales publicado por la Academia de la Magistratura.¹¹²

¹¹² Al manual, se puede acceder de Internet en:
http://www.amag.edu.pe/web/html/Conferencias_seminarios/manual_redaccion_resoluciones_101108/indice.pdf

LECTURA



Atilio Álvarez “La Remisión, del Pacto de San José de Costa Rica a la Convención sobre los Derechos del Niño” en Justicia para Crecer, N° 2 p 6-10.

1. ¿Cuáles son los fundamentos en los que se basa el autor para considerar que América ha hecho correcciones a las normas internacionales en materia de Justicia Penal Juvenil?
2. ¿Cuáles son las vías por las que se presenta el espíritu de la Remisión en las legislaciones del siglo XX?
3. ¿Qué aspectos regulados en las normas internacionales aún no han sido acogidos en nuestra legislación?
4. ¿Cuáles son las razones por las que la Remisión no es considerada una resurrección de los denostados criterios tutelarcitas?

TEMA 04

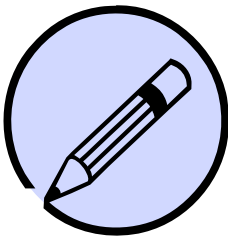
EL ARCHIVO POR PERDÓN DEL AGRAVIADO

“Permite entonces que el menor elabore un trabajo interior (remordimientos, pesar...) sobre su actitud para con los demás y también para con la norma.

Le obliga a instaurar un diálogo con otra persona y a construir una solución de negociación, para llevarlo progresivamente hacia una reparación total, parcial o simbólica (disculpas, pago de los daños o de una parte de estos, prestaciones voluntarias para la persona perjudicada o para la sociedad, etc.).

Lleva a la pacificación entre personas en conflicto y de la sociedad en General”

(Jean Zermatten)



Punto de partida: Experiencia exitosa de Mediación víctima – infractor

En Austria Doris Schmollgruber y Michael Königshofer, nos cuentan sobre el desarrollo de la mediación entre víctima e infractor. Su experiencia es valiosa para entender el archivo por perdón del agraviado” regulado en el artículo 206-A de nuestra legislación y aplicarlo en el marco de un proceso de mediación.

“El instrumento de la mediación, como respuesta a los actos criminales, tiene hoy en día casi veinte años de experiencia en Austria. En la década de los ochenta, Austria tenía una ley juvenil con pocas posibilidades de reacción frente a las conductas criminales, por lo cual los jóvenes a menudo eran puestos bajo custodia.

En esa época, las cárceles tenían muchos reclusos juveniles. En la década de los noventa, el objetivo de proteger a las víctimas de actos criminales regía los debates políticos. Ver a la víctima como una persona con necesidades materiales y heridas emocionales significa tomarla en serio. La mediación lo hace. Este hecho ciertamente contribuye al éxito de la mediación en asuntos penales. Nuestra experiencia con las víctimas muestra que la compensación por daños sufridos es de vital importancia para la víctima, más que las sanciones de un tribunal.

Tomando esto como punto de partida, se iniciaron dos proyectos piloto de mediación. El primero, en los años ochenta, se enfocó en los actos criminales juveniles; y el segundo, en los noventa, se enfocó en los actos criminales cometidos

por adultos. Los resultados científicos de esos proyectos tuvieron mucho éxito y llevaron a implementar un marco legal para la mediación. En 1999, la Asamblea Nacional aprobó una ley para modificar el código de procedimientos penales, incorporando a él varios métodos de sustitución procesal y, sobre todo, la mediación víctima-infractor. Esta importante reforma marcó el punto culminante del desarrollo de la mediación víctima-infractor tanto para jóvenes como para adultos.

La idea principal de la mediación víctima-infractor es que el conflicto que surge con relación a un acto criminal sea devuelto a las partes involucradas. Un mediador con conocimiento de los métodos de manejo de conflictos y de la teoría del conflicto debe ayudar a las partes a resolver por sí mismas su conflicto. La compensación material e inmaterial que resulta de la mediación, además de hacer frente a los aspectos emocionales del incidente, debe ofrecer la posibilidad de construir una nueva base de coexistencia para el futuro (...)

Efectividad

El 90 % de los casos juveniles asignados pueden ser resueltos por la mediación víctima-infractor, lo mismo que el 75% de los casos de adultos. La mediación es un instrumento exitoso en asuntos penales que requiere de una cooperación operativa entre los guardianes (fiscalía, corte) y los mediadores, para poder elegir los casos correctos que puedan ser tratados mediante una mediación u otra medida de sustitución procesal.” (Tomado de Doris Schmollgruber y Michael Königshofer. Mediación experiencia Exitosa, sobre mediación, victima –infractor en Austria en Justicia para Crecer Nª 3, p 15)



Hemos visto como la Mediación es una herramienta valiosa y efectiva dentro de la Justicia Penal Juvenil. En nuestro país no la tenemos regulada con ese nombre, pero el artículo 206 A, introducido por el Decreto Legislativo 990, señala que el Fiscal podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la Ley Penal no reviste gravedad y el adolescente hubiese obtenido el perdón del agraviado por habersele resarcido el daño. ¿Será un mecanismo de mediación penal?

En esta lección abordaremos la institución procesal a la que le hemos denominado “Archivo por perdón del agraviado”. Para el efecto, nos hemos planteado algunas interrogantes que nos servirán de guía en nuestro análisis ¿En qué consiste el archivo por perdón del agraviado? ¿Es el archivo por perdón del agraviado un mecanismo de conciliación o mediación? ¿Cuáles son las diferencias entre la Remisión y el Archivo por perdón del agraviado? ¿Existen antecedentes en el derecho comparado de esta figura? ¿Cuáles son los criterios que tiene que tomar en

cuenta el fiscal para decidir por la remisión o por el archivo por el perdón del ofendido?

¿Qué es el archivo por perdón del agraviado?



En la lección anterior analizamos la Remisión como salida alternativa y herramienta de la Justicia Restaurativa. El archivo por perdón del agraviado, es otra salida alternativa, que tiene la misma finalidad la abstención del ejercicio de la acción penal y bien aplicada puede convertirse en una herramienta útil de la Justicia Restaurativa, porque introduce un elemento adicional de mucha importancia como condición de la abstención: La reparación de la víctima y su satisfacción con ésta reparación.

Este aspecto nos parece de particular importancia, pues articula el interés del niño con los intereses legítimos de la sociedad, mediante el empleo de la reparación, la cual al mismo tiempo que es una respuesta acorde a su sentido de dignidad fortalece el respeto que debe tener por los derechos de los demás y lo ayuda a asumir un rol constructivo en la comunidad de la que es parte¹¹³.

Elementos o requisitos legales del Archivo por perdón del agraviado

El archivo por perdón del agraviado comparte con la remisión los requisitos materiales: a) Existencia de causa probable y b) Análisis y valoración de su potencial. Asimismo, el Artículo 206-A del Código de los Niños y Adolescentes contempla para la aplicación del Archivo por perdón del agraviado los siguientes requisitos formales:

a) Infracción que no revista gravedad.-

En la valoración de la gravedad son aplicables las mismas consideraciones que hemos efectuado en la lección anterior

b) El adolescente debe haber resarcido el daño.-

El resarcimiento conforme señala la Doctrina, encierra tanto la restitución como la indemnización¹¹⁴, estos elementos son también comprendidos dentro del concepto de reparación por el Artículo 93° de nuestro Código Penal. Siendo así, debemos entender que tanto el resarcimiento como la Reparación Civil significan para efectos prácticos, la misma cosa.

¹¹³ Ver al respecto el Artículo 40,1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¹¹⁴ NUÑEZ, Ricardo, citado por RODRIGUEZ DELGADO, Julio, en "La Reparación como Sanción Jurídico Penal" Editorial San Marcos, Primera Edición, Lima, 1999, p 137.

Ahora bien, la redacción del artículo 206-A, in fine “...habérsele resarcido el daño”, no es del todo feliz, pues implica que la reparación que debe efectuar el adolescente extingue al mismo tiempo tanto la pretensión punitiva (objeto de la acción penal) como la pretensión respecto de la reparación civil. Este es un error pues confunde la “reparación penal” que se utiliza en el derecho comparado para evitar el inicio de la acción penal en la Justicia Penal Juvenil, con la “reparación civil”, que surge como consecuencia de la responsabilidad extracontractual por el ilícito cometido,

Veamos un ejemplo: Un adolescente manejando un motocar comete un ilícito culposo causando lesiones a una señora. Luego de un procedimiento de mediación el adolescente se disculpa por lo ocurrido, la señora acepta las disculpas y manifiesta su deseo que no continuar con el proceso penal. Sin embargo señala que para su recuperación está efectuando gastos y solicita la suma de mil nuevos soles. En este caso no se podría producir el archivo por perdón del agraviado, pues es requisito de nuestra legislación que este se produzca por el resarcimiento del daño causado. En este caso, el operador entendiendo que el proceso penal es más perjudicial para el adolescente tendría que optar por la Remisión.

Este es el riesgo de esta institución que puede “monetarizar” el acuerdo, haciendo que las personas que tienen dinero simplemente paguen por su impunidad, dejando cualquier efecto educativo del cumplimiento del compromiso, pues teniendo en cuenta la limitada capacidad económica de los adolescentes el cumplimiento del compromiso en la mayoría de los casos no dependerá de él.

Por esta razón, el fiscal debe preocuparse que en el compromiso, sea el adolescente quien asuma pues de lo que se trata es que él sea capaz de afrontar su responsabilidad. Para ello debe procurar que el acto reparador, dependa de sí mismo y no de la economía de sus padres, y que sean las acciones positivas que él realice las que den lugar a la abstención del ejercicio de la acción penal.

c) El agraviado debe haber otorgado su perdón.-

Debemos interpretar el “perdón” del agraviado no en su literalidad, sino como satisfacción moral y material. Moral en tanto implica la satisfacción psicológica de recibir las disculpas del caso por lo que sucedió de parte de un adolescente que asume libremente su responsabilidad y manifiesta su arrepentimiento, y material porque las simples disculpas pueden no ser ni suficientes ni adecuadas; pues hace falta que el adolescente efectivamente repare el perjuicio ocasionado, cumpliendo lo que se comprometió con la víctima.

En este aspecto, debe darse particular importancia a la realización de trabajos en beneficio de la víctima, perjudicado o la comunidad o en su defecto la realización de acciones (actividades) adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo resultado beneficie indirectamente a la comunidad.

¿Estamos hablando de mediación?

Un compromiso asumido libremente por el adolescente, tomando en cuenta los intereses del agraviado, no es otra cosa que un proceso de mediación, el cual puede ser llevado a cabo en forma directa por el Fiscal o delegando a la Unidad de Atención a Víctimas o a una institución social que lo lleve adelante¹¹⁵.

Primero debe tomarse contacto con el adolescente, explicarle las posibilidades y pedirle su conformidad con participar de un procedimiento de mediación.

En segundo lugar, se tomará contacto con la víctima a quien se le preguntará sobre su conformidad o disconformidad de participar en un proceso de mediación, sea compareciendo personalmente o utilizando otro medio que permita dejar constancia.¹¹⁶

Luego de preparado el camino por separado, recién se citará al encuentro en el que se concretarán los acuerdos o el compromiso sobre la reparación. Sin embargo, al no estar regulado en la norma, nada obsta a que la reparación se acuerde sin necesidad de reunión cara a cara, sino utilizado cualquier medio que posibilite dejar constancia del acto.

Nada impide que con la participación del agraviado se pacte la realización de un acto reparador indirecto es decir en beneficio de la comunidad y no del directamente perjudicado. Tampoco nada impide que dicho acto no consista únicamente en una prestación de dar; sino de hacer, lo cual es preferible por su efecto educativo.¹¹⁷

Para producirse la abstención fiscal o archivo, debe haberse cumplido el compromiso pactado, entendiéndose por resarcido el daño. Esto supone la intervención de los tres actores adolescente (asumiendo su responsabilidad), víctima (siendo satisfecha en su interés por la reparación efectuada por el adolescente) y comunidad (acogiendo en su seno reintegrando al adolescente y la víctima, una vez superado el conflicto y reparado el perjuicio) Es decir, Justicia Restaurativa.

¿Puede ser suficiente para el archivo que el agraviado acepte las disculpas?

¹¹⁵ En el marco del nuevo modelo procesal penal, el fiscal, se encuentra cada vez más cercano al manejo de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.

¹¹⁶ Si la víctima es menor de edad tendría que recabarse la autorización de sus representantes legales y cumplirse las formalidades que exige nuestra legislación para que un acuerdo efectuado en nombre de los hijos tenga valor.

¹¹⁷ En el compromiso debe haber creatividad dentro de los límites de la legalidad, respeto de los derechos de ambas partes y del principio de dignidad.

En principio no, pues la institución del “archivo por perdón del agraviado” no sólo apunta a la satisfacción psicológica o moral; sino también a la satisfacción material.

Sin embargo, conforme expusimos anteriormente, considerando que en muchos caso la no respuesta puede ser en realidad la mejor respuesta, creemos que pueden ser suficientes y adecuadas las disculpas aceptadas por el agraviado en aquellas situaciones en las que el fiscal llegue a la conclusión que una respuesta mayor sería incluso hasta contraproducente y negativa para el propio adolescente quien ha dado muestras objetivas de su arrepentimiento (comportamiento), que nos lleva a la convicción que no hay ya más que reparar. Por ejemplo en el caso que pusimos en la lección anterior donde dos amigos luego de jugar pelota tienen un altercado y uno de ellos le propina golpes de puño en el rostro y se lleva su pelota. Luego el amigo le devuelve la pelota, el acepta las disculpas y continúan con su amistad ¿Debe el Estado intervenir más? Asimismo, creemos que también pueden ser suficientes las disculpas de un adolescente arrepentido, aceptadas por el agraviado en aquellas situaciones donde tanto el sistema educativo como la familia han dado una respuesta suficiente y efectiva al hecho, que ni el propio agraviado considera que debe aplicarse una respuesta adicional a las disculpas que acepta.

Por el contrario, creemos que no serán suficientes las disculpas. Por ejemplo Si al producirse la detención de un adolescente por tentativa de hurto de un celular, el adolescente devuelve el celular y el agraviado al recuperarlo acepta las disculpas porque no le interesa seguir adelante un proceso judicial. En este caso, no debemos utilizar la vía del “archivo por perdón del agraviado” pues hacerlo implicaría usarla únicamente como mecanismo de descongestión procesal y no como herramienta de la justicia restaurativa, pues esta solución en nada beneficiaría al adolescente ni a la comunidad. En este caso sería mucho más conveniente la utilización de la Remisión y el cumplimiento de un programa educativo que beneficie al adolescente.

¿Cuáles son las diferencias entre la Remisión y el Archivo por perdón del agraviado?

Semejanza

- Tanto la Remisión como el Archivo por perdón del agraviado, son salidas alternativas a la sanción penal enmarcadas dentro de los criterios de oportunidad reglados.,

Diferencias

- La Remisión es discrecional mientras el Archivo por perdón del agraviado, está enmarcado dentro de un acuerdo en el que es fundamental la participación de la víctima.
- La aceptación de la remisión no implica la aceptación de los cargos, por esta razón sí que se fracasa la salida alternativa, se podrá continuar con la investigación en el estado en que se quedó, sin que tenga valor las declaraciones posteriores a su inicio para efectos de la acreditación de su responsabilidad. En cambio, en el archivo por perdón del agraviado, el mecanismo de abstención supone al mismo tiempo la aceptación de los cargos, el arrepentimiento y la asunción de responsabilidad como presupuestos de la realización de los requisitos legales exigidos por la norma a) la acción reparadora y b) la obtención del perdón (satisfacción psicológica y material por parte del agraviado),
- En el Archivo por perdón del agraviado el archivo está condicionado a la efectiva reparación de la víctima, en cambio en la Remisión se produce la abstención y el archivo cuando el programa de orientación se ha cumplido aunque no se ha ya reparado el perjuicio ocasionado a la víctima.

¿Existen antecedentes en el derecho comparado de esta figura?

En la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, encontramos regulado en su artículo 19, las figuras de la conciliación y reparación, entendiéndose por conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte las disculpas, y se entiende por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio el acuerdo sobre la reparación civil.

Como podemos apreciar, en la legislación española se ha separado la conciliación (satisfacción psicológica) de la reparación (satisfacción material) y ambas de la reparación civil.

En nuestra legislación en cambio lo hemos mezclado todo, en esta nueva figura que persigue ambos aspectos de la satisfacción de la víctima (moral y material), y además al hablar textualmente de “resarcimiento” hemos incluido también el pago de la reparación civil como presupuesto para la abstención.

Es por ello conveniente efectuar una modificación legislativa que distinga con claridad la “reparación penal” que debe dar lugar a la abstención del fiscal de la “reparación civil” que emerge siempre como consecuencia de la responsabilidad por el ilícito cometido. Esta última, si bien puede ser dialogada e incluso acordada cumpliendo todas las formalidades para que dicho acuerdo sea suficiente para su exigibilidad en sede judicial, no debe ser condición para la abstención.

De este modo, el acto reparador, acordado entre la víctima y el adolescente, una vez cumplido, debe dar lugar a la abstención de la acción penal por parte del Ministerio Público. Sin perjuicio que mediante ese mismo acuerdo, se disponga tenerse también por satisfecha la reparación civil con la efectiva realización del acto reparador.

¿Cuáles son los criterios que tiene que tomar en cuenta el fiscal para decidir por la remisión o por el archivo por el perdón del ofendido?



Al no haber diferencia normativa entre los tipos penales en los que opera el perdón del agraviado o la remisión. La elección entre una salida u otra dependerá del Fiscal en cada caso concreto. Para este efecto buscará el equilibrio entre el interés del adolescente y los intereses de la sociedad, representados en esa víctima concreta. Lo que no puede hacer es utilizar las salidas alternativas como simples mecanismos de descarga procesal.

Ahora bien, apreciando, el archivo por perdón del agraviado con prudente optimismo, podríamos decir que se ha incluido la mediación en la Justicia Penal Juvenil, teniendo la posibilidad el adolescente y el agraviado de verse cara a cara, buscando una solución al conflicto generado por la comisión del ilícito penal.

El reto es lograr en este camino el equilibrio necesario entre el componente educativo a favor de un adolescente que se le excluye del proceso penal para no estigmatizarlo, con la búsqueda de la satisfacción de la víctima, donde como hemos advertido el peligro mayor es que este mecanismo se convierta en un asunto exclusivamente económico donde el que tiene más compre su impunidad y el que no tiene nada, no logre la reparación ni la reconciliación con el agraviado y con la

sociedad. Cobra en este sentido gran relevancia la responsabilidad de los fiscales de familia que deberán buscar otros mecanismos de compensación y restauración del daño distintos al pecuniario, a fin de lograr este restablecimiento de la paz social entre el agraviado, la comunidad y el adolescente, como por ejemplo la realización de prestaciones de hacer o actos reparadores.

Ahora bien, hay muchas situaciones en las que no se podrá llevar adelante un acuerdo con la víctima. Manzanares¹¹⁸ nos da algunos ejemplos:

- En los delitos de peligro abstracto donde no existe víctima propiamente dicha.
- En los casos en los que la víctima no ha podido ser identificada o hallada.
- Cuando la propia víctima no quiera participar, por falta de interés, por evitarse molestias, por sentimientos de venganza, por preferir el proceso judicial o por temor a ser revictimizada.

En estos casos, así como cuando la negativa del agraviado para aceptar la reparación dialogada con el adolescente no sea razonable y se pueda evitar los efectos negativos de su ingreso en el sistema penal el Fiscal debe recurrir a los programas de orientación propios de la institución de la Remisión regulada en el artículo 206 de nuestro Código de los Niños.

¹¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal”, Editorial Comares, Granada 2007, p 151

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Describe dos casos de tu experiencia en los que sería conveniente la utilización de la institución del Archivo por perdón del agraviado.

1.Caso

2. Caso

LECTURA



ZERMATTEN Jean, ¿Qué es la Mediación? En Justicia para Crecer
Nº 3, Julio Setiembre del 2006, p 8-11

OBJETIVO: Analizar la mediación penal y la forma en la que se ha incorporado en nuestra legislación penal juvenil.

1. Interiorizando las ideas del texto y la lección intenta dar una propia definición de la mediación
2. ¿Cuáles son los elementos de la Mediación?
3. ¿Cuáles son los objetivos educativos que tiene la mediación?
4. ¿Cuáles son las razones por las que la mediación y la Justicia Penal Juvenil se llevan bien?

CASOS DE LA UNIDAD



Analiza los siguientes casos con la ayuda de las preguntas guía. Los casos están en archivo adjunto en formato PDF

CASO 1:

OBJETIVO: Analizar los criterios que se usan para la aplicación de la Remisión en sede fiscal y los problemas de aplicación que tienen que enfrentarse.

Preguntas Guía

1. ¿Cuáles son los hechos relevantes del caso?
2. ¿Qué criterios ha evaluado la fiscalía para conceder la remisión?
3. ¿Estás de acuerdo con la decisión de la Fiscalía Superior?
4. ¿Qué dificultades afronta la implementación de la revisión?

CASO 2:

OBJETIVO: Identificar los criterios que son valorados por el Ministerio Público para la aplicación de la remisión

1. ¿Cuáles son los hechos relevantes del caso?
2. ¿Consideras que en el caso propuesto debió aplicarse la remisión?
3. La decisión fiscal ¿está adecuadamente fundamentada?
4. Que opinión te merece el programa de orientación

CASO 3:

OBJETIVO: Identificar los criterios que son valorados para la aplicación de la Remisión en sede fiscal

1. Identifica los hechos relevantes del caso
2. ¿Cuál es el criterio de gravedad evaluado por el Ministerio Público?
3. Identifica la ratio decidendi en el caso de autos
4. ¿Las medidas implementadas se encuentran enmarcadas dentro de una justicia restaurativa?

UNIDAD 03

**LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA**

La Remisión en sede Judicial como herramienta de la Justicia Restaurativa

PRESENTACIÓN:

En esta unidad destacamos la importancia de la Remisión como herramienta de la Justicia Restaurativa en sede judicial.

Para el efecto analizaremos, las semejanzas y diferencias con la Remisión fiscal, así como los requisitos que deben observarse para su concesión. Destacando la importancia de la prestación de servicios a la comunidad como medida socio educativa acorde con el Modelo de Justicia Restaurativa.

Por último, analizaremos la forma en la que se ejecutan las decisiones judiciales en libertad, cuando se ha decidido la Remisión aplicándose una medida socioeducativa.

OBJETIVO:

Al final de la unidad, el participante estará en condiciones de:

- Reflexionar con autocrítica sobre el papel que desempeña como juez un función de la utilización de la Remisión como herramienta de la Justicia Restaurativa,
- Valorar el papel de los equipos multidisciplinario en el diagnóstico para la toma de decisiones como en el acompañamiento de las medidas aplicadas.

PREGUNTAS GUÍAS:

¿Cómo funciona la remisión judicial como parte de la Justicia Restaurativa?

¿Cuáles son los presupuestos para la concesión de la remisión judicial?

¿Por qué aplicar la prestación de servicios a la comunidad junto con la remisión?

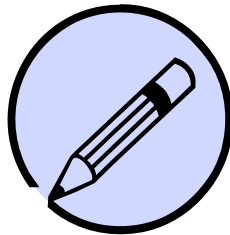
¿Cuál es la importancia de la ejecución de las decisiones judiciales para la justicia restaurativa?

TEMA 01

LA REMISIÓN JUDICIAL COMO PARTE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

“Impartir Justicia consiste en combinar el Código Penal con el sentido común. No se puede criminalizar a un mozalbete porque tenga un mal día, lo cual no quiere decir que la conducta quede impune”
(Emilio Calatayud, Mis Sentencias Ejemplares)

Punto de partida: El adolescente como prioridad



Un hecho ilícito tiene como consecuencia un perjuicio a una persona determinada, pero la respuesta estatal en la Justicia Penal Juvenil, no puede pasar por alto la situación en la que se encuentra quien también es víctima de sus propios actos (el adolescente), quien no debemos olvidar es producto de una comunidad que algo tiene que hacer por él.

Por esta razón es fundamental efectuar siempre una ponderación y tomar una decisión que sea educativa para el propio infractor y le dé una respuesta actual a su vida. Veamos a manera de ejemplo como Emilio Calatayud hizo esto en un caso concreto.

“Dicen que para ser papá o mamá también se debería exigir una especie de carné, pasar un examen.. aunque fuera tipo test. A la protagonista de este episodio y su pareja les habría hecho falta, pero no existe tal cosa (...) En principio, el caso era uno de tantos: los vigilantes de un centro comercial de Granada retienen a dos chicas que intentan llevarse varias prendas sin pasar por caja. Llega la Policía Nacional y toma nota. Bueno sí, una de las “sospechosas” es menor de edad. La verdad es que tampoco es algo infrecuente. La rutina sigue su curso, papeleos, informes y al juzgado. La acusación: una falta de hurto. Poca cosa.

Todo cambió el día del juicio. En el banquillo, aparte de una presunta ladrona, se sentó una adolescente que iba camino de batir un record de fertilidad: sólo tenía diecisiete años y ya había parido dos niños. El primero lo había tenido apenas a los trece.

La muchacha podría presumir sin temor, a equivocarse de ser una de las mamás más jóvenes de Granada. Para todos nosotros –fiscal, equipo de apoyo - educadores...- el caso había dejado de ser uno de tantos. La prioridad ahora no era el hurto. Lo que nos preocupaba en el juzgado era lo otro: el exceso de maternidad – por así decir- a una edad tan temprana.

Fieles a nuestra filosofía de primar la educación frente a la represión, adoptamos la siguiente decisión: la acusada debería someterse a un cursillo de cincuenta horas sobre planificación familiar.

Y todos contentos, La chica tenía que aprender que formar y sacar adelante una familia no es un juego de niños. Y que la solidaridad bien entendida empieza por la familia”(Tomado de Emilio Calatayud, Mis Sentencias Ejemplares, p 129-130”

En nuestra legislación tenemos regulada la figura de la Remisión Judicial, por medio de la cual se produce la separación del proceso judicial de un adolescente ¿Podría haberse tomado también esta decisión? En esta lección analizaremos esta importante institución procesal. Para este efecto comencemos planteándonos algunas interrogantes.



¿Qué es la Remisión Judicial y cuáles son sus semejanzas y diferencias con la Remisión Fiscal? ¿Qué fines tiene la Remisión? ¿Cuáles son sus efectos?

La Remisión Judicial y la Remisión Fiscal



La Remisión Fiscal y la Remisión Judicial comparten el mismo fundamento: La consideración que el proceso judicial no es bueno para el adolescente, por ello a nivel fiscal se evita que empiece y a nivel judicial se procede a su culminación inmediata o separación¹¹⁹.

Sin embargo, la Remisión Judicial a diferencia de la Remisión Fiscal, no es en realidad una salida alternativa, pues a nivel judicial al adolescente que es separado del proceso por Remisión igual se le aplica la medida socioeducativa que corresponda, con excepción de la internación. (Artículo 226 del Código de los Niños y Adolescentes)

¹¹⁹ En este sentido es también una concreción del Interés Superior del Niño consagrado en el Artículo 3 de la Convención, recogida en nuestra legislación en el Artículo IX del Título Preliminar.

Pese a esta situación, adecuadamente aplicada, la Remisión puede ser una herramienta valiosa de la Justicia Restaurativa pues además de eliminar los efectos negativos y estigmatizantes que implicarían para el adolescente terminar con una sentencia que declare su responsabilidad penal, favorece su proceso de responsabilización durante la ejecución de la medida socioeducativa en libertad.

Función Judicial correctiva y Remisión

En la lección anterior nos hemos referido a los casos que no deben ingresar al Sistema Penal, los cuales deben ser filtrados por los fiscales en la Gestión de las denuncias a su cargo, utilizando para el efecto las salidas alternativas, las cuales deben ser decididas tempranamente. Así por ejemplo las faltas deberían ser resueltas extrajudicialmente sin necesidad de ingresar al Sistema Penal.

Cuando esos casos no han sido separados por el Ministerio Público y por el contrario han ingresado al Sistema Penal, los Jueces, y si a ellos también se les pasó, la Sala tienen en la Remisión la posibilidad de ejercer una función correctiva, separando al adolescente del proceso sin que esta separación implique impunidad, por ello tienen como posibilidad la aplicación de todas las medidas socioeducativas. Habrán casos donde la amonestación será suficiente respuesta y el caso debe ser archivado en el acto (recordemos aquellos donde la no intervención hubiese sido la mejor respuesta). Mientras que habrá otros que ameritarán una medida socioeducativa distinta sea de acompañamiento en libertad o de prestación de servicios a la comunidad.

¿Cómo sabrá cuál es la medida más conveniente? Para eso tiene que trabajar con el Equipo Multidisciplinario, quien tendrá como misión ayudarlo para que la respuesta que dé sea proporcionada al hecho y adecuada a las circunstancias personales del adolescente. Es decir que le dé una respuesta actual a su “circunstancia”.

La Remisión y el Consentimiento informado para la concesión de la Remisión

El derecho a participar tiene relación importante con el derecho a ser oído, es decir a la expresión libre de sus pensamientos. Como derecho humano específico y como principio rector de la Convención de los Derechos del Niño, se encuentra regulado en el Art. 12 y es de vital importancia al determinar la observancia o no del debido proceso (derecho de defensa material) en la Justicia Penal Juvenil¹²⁰

¹²⁰ El artículo 12 de la Convención señala: 1). Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o

Escuchar la opinión del adolescente en el Proceso Judicial reconoce su capacidad de enriquecer el proceso de toma de decisiones, implica por ello tratarlo como sujeto de derechos, como ciudadano como una persona con identidad propia cuya opinión nos importa al momento de tomar una decisión.

Nuestra legislación exige como regla que en todos los asuntos que le afectan el niño o adolescente deben ser escuchada su opinión y tomarse en cuenta en función de su edad y madurez (Artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes) Esto significa que su opinión es un ingrediente en la determinación de su interés, expresado en la decisión judicial, lo que en términos prácticos implica que es una exigencia contenida en el debido proceso dar razones por las cuales se decide en contra de lo que el mismo quiere.

En el caso de la Remisión su opinión no sólo debe ser tomada en cuenta; sino que es determinante, lo que no es otra cosa que un consentimiento informado:

Artículo 227.- Consentimiento.-

Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la Remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades.

No encontramos aquí, ante el momento más elevado en la determinación de su interés, pues el adolescente no sólo nos da su opinión, sino que se hace cargo de sí mismo porque luego de haber comprendido y razonamiento sobre su situación, toma una decisión basada en la plena información y en el conocimiento de los riesgos.¹²¹

Es por ello, que para obtener el consentimiento del que nos habla nuestra norma legal es preciso previamente explicarle las opciones que tiene en el proceso y las consecuencias de asumir libremente éstas opciones. Luego, recién debemos recibir su opinión libre, es decir sin presionarlo ni manipularlo. Lo que implica un diálogo e intercambio de puntos de vista dirigido por el Juez en forma activa pero tolerante y democrática.

por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹²¹ GROSMAN, Cecilia Los Derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad, 1998, en la Convención sobre los Derechos del Niño" Rubinzal, Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

Los efectos educativos de la Remisión Judicial



La concesión de la remisión tiene como efectos la separación del proceso judicial sin declaración de responsabilidad, por lo que no obstante aplicarse medida socioeducativa esta no será inscrita en el Registro del Adolescente Infractor como efectos (Artículo 224 concordado con el Artículo 159 del Código de los Niños y Adolescentes)

Sin embargo el efecto más importante no se encuentra en el ámbito procesal; sino en el ámbito educativo, el cual comienza con la determinación dialogada de la medida socioeducativa que le será aplicada y continúa con su ejecución.

Por esta razón consideramos que la Remisión cumple plenamente los objetivos de la Justicia Restaurativa pues con su aplicación, el adolescente asume las consecuencias de sus actos, internaliza los valores afectados (toma de conciencia) e incluso hace algo concreto para cambiar o reparar lo dañado.

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Explica los efectos beneficiosos que haya tenido la aplicación de la Remisión Judicial en un caso que conozcas.

LECTURA



WINTER, Renate “Recuperar o Marcar” La Remisión, instrumento eficaz para los adolescentes en conflicto con la Ley, en Justicia Para Crecer N° 2, Abril – Junio 2006 p 13-15.

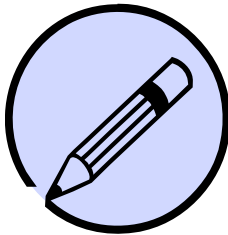
OBJETIVO: Analizar las diversas posibilidades que tiene la aplicación de la remisión judicial.

1. ¿Cuáles son las razones por las que debe tomarse una decisión pronta ante la comisión de un ilícito?
2. ¿Cuáles son las ventajas de la aplicación de la Remisión?
3. ¿Cuál es el rol que le toca desempeñar el Juez en la Remisión?
4. ¿Qué aspectos positivos similares a los relatados por la autora se han producido con la aplicación de la Remisión en tu distrito Judicial

TEMA 02

PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE LA
REMISIÓN EN SEDE JUDICIAL

*“Ningún joven es igual a otro: ninguno tiene los mismos problemas que otro. No todas las situaciones pueden regularse por la Ley. Se debe tener a disposición una amplia variedad de respuestas para hacer frente a los diversos problemas de los adolescentes infractores, ya que los problemas son siempre la razón de ser de su conducta delictiva”
(Renate Winter)*



Punto de partida: Debemos dar respuestas concretas, a personas concretas

Durante mis visitas al proyecto de justicia Juvenil Restaurativa del El Agustino, una de las educadoras, me expresó su desconcierto ante la respuesta de un Juez frente a la infracción a la ley penal cometida por cuatro adolescentes en su colegio.

Dos de ellos habían sacado las cosas (hurto agravado) y los otros dos luego de que el hurto ya se había producido fueron convencidos por sus amigos para guardar lo hurtado hasta la salida (receptación) Uno de ellos aceptó y el otro simplemente tenía conocimiento de los hechos. Sin duda no tenían el mismo nivel de responsabilidad. Sin embargo, el Juez pese a que se solicitó la absolución para quien no tenía responsabilidad y la Remisión para tres de ellos, diferenciando cada caso concreto conforme a las circunstancias de los hechos, así como a sus características personales, les terminó aplicando a los 4 la misma medida socioeducativa (tres meses de libertad asistida)

Con esta decisión aplicó la Remisión pero como simple herramienta de descongestión procesal y no como herramienta de la Justicia Restaurativa.

Para aplicar adecuadamente la Remisión, esta debe ser oportuna en el tiempo (para mantener su efecto educativo), debe también ser adecuada a las circunstancias de cada adolescente y proporcional en cuanto a su duración. Para ello es necesario conocer y aplicar los presupuestos que tiene su concesión.



¿Cuáles son éstos presupuestos? ¿Cuáles son los pasos que debe llevar a cabo el Juez para aplicarla adecuadamente? ¿Sobre qué extremos debe pronunciarse? ¿Puede incorporarse un procedimiento de mediación al momento de acordarla?

La presunción de inocencia y la Remisión Judicial



Conforme a nuestra legislación, la aceptación de la Remisión, no implica el reconocimiento de la infracción (Artículo 224 del Código de los Niños y Adolescentes)

Esto no significa que deba aplicarse sin que exista una causa probable, pues en este caso lo que tendría que hacer el Juez no es aplicar la Remisión sino más bien sacar dentro del Modelo Procesal actual un auto de no ha lugar a abrir proceso penal, siguiendo a la letra lo establecido por el Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales aún vigente:

- d) El hecho denunciado no sea delito, perseguible por acción pública.
- e) La acción haya prescrito.
- f) El autor no esté individualizado.

Si el Juez no teniendo “causa probable” aplica la remisión, vulnera la presunción de inocencia y afecta su imparcialidad, pues estaría aprovechando la ventaja de este tipo de archivo para encubrir la falta de eficiencia en la investigación por parte del Fiscal, sabiendo de antemano que la aceptación de la remisión, implica al mismo tiempo la aceptación de la aplicación de una medida socio educativa.

Los presupuestos o requisitos para la aplicación de la Remisión Judicial

Para la aplicación de la Remisión desde un punto de vista material debe haber como lo hemos señalado anteriormente “causa probable”, junto a este presupuesto implícito se encuentran los demás requisitos normativos a los que nos vamos a referir con detenimiento.

a) Gravedad.-

El Código de los Niños y Adolescentes señala que para aplicarse la Remisión, la infracción a Ley Penal no debe revestir gravedad, la cual debe ser interpretada en los mismos términos en los que nos hemos referido a ella en la Tercera Unidad, sobre la Remisión en sede Fiscal.

b) Los antecedentes del adolescente y su medio familiar.-

En relación a los antecedentes, es de destacar que a diferencia de la Remisión en sede Fiscal, donde no se mencionada nada sobre ellos, si hay una referencia explícita a la palabra “antecedentes”.

Sin duda que se refiere a las inscripciones de medidas socioeducativas que tiene consignadas en el Registro del Adolescente Infractor (Artículo 159 del Código de los Niños y Adolescentes), por lo que no podemos contar como antecedentes la aplicación fallida de anteriores remisiones, pues éstas no generan “antecedentes” conforme lo prescribe la parte final del Artículo 224 del Código de los Niños y Adolescentes,

En cuanto al ambiente familiar, creemos que éste debe ser valorado con sumo cuidado pues conforme lo hemos señalado en la Tercera Unidad, se debe ponderar fundamentalmente las potencialidades del adolescente y la posibilidad de intervenir en la familia respetando su identidad pero mejorando su dinámica, mejorándola a ella junto con él. Las dificultades familiares deben ser un reto y no un obstáculo para la concesión de la remisión a un adolescente.

En síntesis, entendemos por antecedentes y medio familiar, más que una revisión a si anteriormente ha tenido denuncias, al trabajo riguroso que tiene que hacer el Equipo Multidisciplinario con el que cuenta el Juez para analizar el potencial del adolescente, su aficiones y sus intereses que servirán de base para la generación de una propuesta de medida socioeducativa en libertad a aplicarse, sobre la cuál será el propio adolescente quien tenga que prestar su “consentimiento informado” al que nos hemos referido en la lección anterior.

La Reparación Civil y el otorgamiento de la Remisión

Hemos podido constatar que la mayoría de las Remisiones concedidas a nivel Judicial, establecen al mismo tiempo una reparación civil sin mayor fundamento. Este es un error, veamos porque.

En el proceso penal para los adolescentes, existen dos pretensiones claramente diferenciadas: la pretensión penal a cargo del Ministerio Público que es el titular de la acción y la pretensión civil en cuyo interés actúa la víctima o el perjudicado por el ilícito penal.

Ahora bien, si conforme está regulado en nuestra legislación, la concesión de la Remisión importa apartar al adolescente del proceso penal por los efectos negativos que éste le causa, aplicándole una medida socioeducativa cuyo contenido o

actividades deben ser de su consentimiento, sin que esta aceptación implique el reconocimiento de la infracción (Artículos 223 y 224 del Código de los Niños y Adolescentes) ¿Cómo puede ser posible que se fije una reparación civil si no se ha declarado su responsabilidad por los hechos que se le imputan? ¹²²

Por esta razón consideramos que por regla general, no se debe fijar una reparación civil al momento de decidirse una Remisión dejando a salvo el derecho de la víctima o perjudicado de hacerlo valer en la instancia civil.

Sin embargo, la regla que hemos planteado puede admitir al menos dos excepciones en las cuales sí sería válida la fijación de una Reparación Civil en la Remisión.:

- a) Que la parte agraviada se haya constituido en el Proceso Penal Juvenil en parte civil, de tal suerte que ha decidido que sea en esta vía el establecimiento de la reparación renunciando a su derecho de acudir a una vía extra-penal (Artículo 106 del Nuevo Código Procesal Penal) En este caso, no pudiendo dejar de pronunciarse sobre este aspecto hay a su vez dos posibilidades que ante el vacío normativo podría efectuar el Juez:
 - Que con la mediación del Juez el adolescente y sus padres se pongan de acuerdo con el agraviado en el extremo de la reparación civil, caso en el cual la Remisión contendrá los dos extremos, la medida aplicada al adolescente y la Reparación Civil acordada con la víctima y asumida libremente por el adolescente y sus padres (Responsables solidarios conforme lo señala el Artículo 1975 del Código Civil).
 - Que pese a la mediación efectuada no haya habido acuerdo sobre la Reparación Civil, caso en el cual el Juez al haber concedido la Remisión, tendría que pronunciarse motivadamente únicamente sobre el extremo de la Reparación Civil, previa discusión de ese extremo y valoración del daño ocasionado, las necesidades de la víctima y las posibilidades de los responsables solidarios.
- b) Que no obstante la parte agraviada no se haya constituido en parte civil el adolescente y sus padres o responsables hayan asumido libremente el pago de un monto por concepto de reparación civil, encontrándose informados que el agraviado puede solicitar mediante una acción civil un monto mayor en

¹²² Claro que nosotros consideramos que la Remisión al funcionar en la práctica como una conformidad debe dar lugar a la aceptación de la responsabilidad. Sin embargo así no lo establece nuestra legislación.

cuyo caso, el pago efectuado en sede penal será considerado como un pago a cuenta del monto total.

Los pasos que deben de seguirse para la concesión de la Remisión en la Justicia Restaurativa



La Remisión Judicial como herramienta de la Justicia Restaurativa debe respetar escrupulosamente los derechos del adolescente (presunción de inocencia y derecho a la no auto-incriminación) Al mismo tiempo debe convertirse en un espacio pedagógico y educativo para el adolescente, en el que se propicie una solución dialogada al conflicto,

1° Cuando un Juez ante la poca gravedad de los hechos estime posible la aplicación de la Remisión, debe explicarle esta posibilidad al adolescente y a sus padres y luego derivarlo al Equipo Multidisciplinario para que sean los técnicos quienes hagan las propuestas del caso tanto de intervención (medida socioeducativa) en la cual se puede contemplar actos reparadores en beneficio de la víctima o de la comunidad. La propuesta técnica debe regresar al Juzgado con la aceptación o no del adolescente.

2° Es recomendable que a iniciativa del Juez o del propio Equipo Multidisciplinario, se propicie una mediación con la víctima. En ella se puede obtener como resultado:

- a) Que con la actividad reparadora tenga por satisfecha la pretensión civil.
- b) Que haya una actividad reparadora pactada o programa de orientación y además una suma líquida como reparación civil.

Sin embargo, en éste último caso, para mantener los efectos educativos de esta suma fijada se buscará que el dinero provenga del propio esfuerzo del adolescente y que no signifique el simple traslado a sus padres¹²³.

Esto significa que la aplicación de la Remisión a nivel Judicial y la Mediación Penal no son cosas opuestas, sino que incluso se pueden complementar, favoreciendo la solución integral del conflicto.

3° Una vez recibida la propuesta del Equipo¹²⁴ hecha “a la medida” del adolescente y contándose con su aceptación se debe proceder a conceder la Remisión, derivándose a las instituciones receptoras a las que nos hemos referido en la

¹²³ TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier “ La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica” UNICEF, ILANUD, San José, 1999 p 190

¹²⁴ Decimos Equipo porque tiene que ser efectuada en consenso por el profesional de trabajo social y por el psicólogo.

Segunda Unidad, dejándose a salvo el extremo de la Reparación Civil o procediendo a su fijación en la forma y casos señalados en esta lección.

En la Resolución Judicial debe establecerse con claridad y sencillez las razones por las cuales hemos decidido la remisión, los aspectos positivos que estamos valorando en el adolescente para fijar la medida socioeducativa, la modalidad las actividades que contendrá y el plazo.

Para este efecto, el Equipo Técnico debe confirmar el tipo de medida y el lugar con la finalidad de que todos ya estén comprometidos y sólo haga falta la ejecución de la misma.

4° Como el expediente se encuentra en ejecución, debemos efectuar un control del cumplimiento de lo dispuesto, coordinando con la unidad receptora por medio del Equipo Técnico del Juzgado.

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Elabora una Resolución Judicial concediendo la Remisión Judicial, tomando en cuenta las recomendaciones señaladas en la Tercera Unidad como en éstas dos primeras lecciones.

LECTURA COMPLEMENTARIA



FERNANDEZ IRAOLA, Jorge Ricardo, “La Remisión de adolescentes en conflicto con la Ley Penal” CEAPAZ, agosto 2000

OBJETIVO: Analizar los criterios que deben ser tomados en cuenta al momento de aplicar la remisión.

1. **¿Cuáles son las circunstancias personales que deben valorarse para concederse la Remisión?**
2. **¿Cómo actúa el principio de proporcionalidad en la Remisión?**
3. **¿Cómo debe participar la sociedad Civil en la aplicación de la Remisión?**
4. **¿Cuáles son las razones que da el autor por las que la aplicación de la Remisión no significa impunidad?**

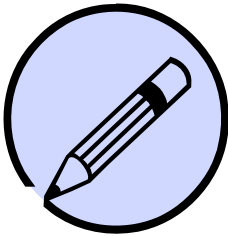
TEMA 03

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA
COMUNIDAD COMO MEDIDA APLICADA CON LA
REMISIÓN

“¿Por qué la Orden de Servicios Comunitarios? Porque para su implementación sólo se necesita una estructura muy simple e involucra costos financieros modestos.

No se necesita instituciones especiales. Esta Figura es bien aceptada por los jóvenes y sus padres, así como por la comunidad. Finalmente está de acuerdo con la Convención internacional de los Derechos del Niño, porque es una alternativa al encarcelamiento”

(Belleza Kadio, Jueza de la Corte Distrital de Pristina, Kosovo)



Punto de partida: La prestación de Servicios Comunitarios de Jhonatan

En el Distrito de El Agustino, el Equipo de Defensa Inmediata solicita al Juzgado la aplicación de la Remisión de Jhonathan, solicitando la aplicación de la medida de libertad asistida, pues se consideró que el adolescente en esa etapa del proceso no mostraba interés por desarrollar un servicio a la comunidad.

Sin embargo el Juez le da **una REMISION con Prestación de Servicios a la Comunidad, mencionando que lo realice en su comunidad de El Agustino. En la Resolución el Juez no especificó la actividad que debería realizar el adolescente.**

Cuando se le comunicó la medida el adolescente, se mostró desanimado y con poco interés y le dijo a los responsables del Proyecto.

- *“¿Por qué? Ha pasado tanto tiempo casi un año ya. Pensé que mi proceso hacia terminado, bueno si lo dice el Juez tendré que hacerlo”.*

Frente a esta situación, el proyecto conversó con Jhonatan y sus padres para convencerlo que tenía que cumplir con el mandato judicial, logrando que poco a poco asumiera su responsabilidad por el hecho y entendiera que debía reparar de alguna manera el daño causado a su víctima.

Seguidamente, se iniciaron las coordinaciones con el adolescente sobre la actividad que tendría que realizar. En este aspecto, se aprovechó la habilidad que tenía con el Fútbol, por lo que se acordó que su prestación de servicios a la comunidad debía consistir en enseñarles su deporte preferido a los demás. Para ello, se coordinó en un primero momento con una Iglesia para que diera las facilidades del caso y Jhonatan pueda enseñarle fútbol a los niños. Esta idea no prosperó, pues los temores y prejuicios se impusieron al enterarse los responsables que se trataba de un “adolescente infractor” a pesar que se le informo que todo el tiempo el adolescente estaría supervisado por un adulto durante la Prestación de Servicios a la Comunidad. Por esta razón se optó por buscar otra alternativa insistiéndose siempre en el fútbol. Fue así como comenzó su Prestación de Servicios a la Comunidad colaborando con el comando técnico de fútbol del club Martin Luther King, una vez por semana, todos los viernes de 4 a 6 de la tarde.

En el camino se tuvieron que sortear muchas dificultades: la enfermedad del adolescente que le impedía asistir, el pobre soporte familiar y hasta su desinterés. Para contrarestar esta situación su educador lo buscó en su casa para acompañarle a los entrenamientos.

Al finalizar, se hizo una reunión con Jhonatan y el mismo evaluó su experiencia:

- “En ocasiones sentí miedo temor por lo que iba a realizar, pero como siempre en todo momento estuvo mi educador Alexis que me apoyo, acompañó como nunca nadie se había preocupado por mí, así que me sentí bien. En algunas ocasiones me dio vergüenza porque en el lugar donde realicé mi Prestación de Servicios a la Comunidad el profesor me conocía y en otras me sentí apoyado por el profe por esta misma razón. He aprendido que cuando uno comete un error debe asumirlo y reparar el daño causado a las personas, también no debo volver a cometer otra infracción. Yo creo que puedo enseñar a los demás jóvenes lo que he aprendido en el proyecto y en mi Prestación de Servicios a la Comunidad” (Experiencia contada por el Educador Social Alexis de El Agustino)



La experiencia anterior corresponde a la aplicación de la Prestación de Servicios a la Comunidad, Esta medida Socio-educativa tiene poca utilización en nuestro medio. En esta lección la analizaremos. Para ello hemos formulado algunas preguntas que nos serán de utilidad ¿En qué consiste la Prestación de Servicios a la Comunidad? ¿Cuáles son los presupuestos que deben observarse para acordarla? ¿Qué aspectos deben ser tomados en cuenta para optar por una prestación de servicios a la comunidad? ¿Por qué consideramos que puede ser una valiosa herramienta de la Justicia Restaurativa?

La Prestación de Servicios a la Comunidad ¿Una alternativa?



En realidad no, la Prestación de Servicios a la Comunidad como las demás medidas socio.-educativas en libertad son en realidad la regla y el internamiento absolutamente excepcional y solamente para casos extremadamente graves.

Sin embargo, en muchas ocasiones los operadores hemos hecho que las cosas sean al revés, quizás por un mal conocimiento del comportamiento de los adolescentes y de sus causas, pero también por una falta de información sobre las distintas opciones, o por falta de confianza en ellas. Sin embargo, estas medidas como la prestación de servicios a la comunidad, existen y funcionan¹²⁵.

¿En qué consiste la Prestación de Servicios a la Comunidad?

Nuestro Código de los Niños y Adolescentes nos explican en que consiste esta medida socio-educativa:

Artículo 232.- Prestación de Servicios a la Comunidad.-

La Prestación de Servicios a la Comunidad consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en coordinación con los Gobiernos Locales. (El subrayado es nuestro)

La Prestación de Servicios a la Comunidad, se encuentra ubicada en nuestra legislación como medida socio-educativa prioritaria, pues nuestro legislador la ha regulado inmediatamente después de la amonestación y con límites de imposición menores al resto de medidas (ocho meses para la libertad asistida y doce para la restringida) No obstante, su utilización a nivel nacional sólo alcanza el 14%, frente al 27% de la Libertad Asistida y al 56% de la Libertad Restringida¹²⁶.

Nosotros creemos que parte de este problema está en que en la norma se señala que será supervisada por la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del

¹²⁵ CAPPELAERE, Geert y GRANJEAN, Anne "Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades" UNICEF, Madrid, 2000, p 382.

¹²⁶ Datos de la Mesa Interinstitucional sobre adolescentes en Conflicto con la Ley Penal (2006) en Justicia para Crecer N° 5, Enero- Marzo 2007 p 25.

Poder Judicial, en coordinación con los Gobiernos Locales, cuando debió asignarse directamente la tarea a estos últimos pues a nivel Nacional sólo existe un Servicio de Orientación al Adolescente (SOA) como unidad operativa de la Gerencia Central de Operaciones del Poder Judicial, por lo que es prácticamente imposible esta supervisión.

Como la norma es muy escueta y ha apelado a una definición en negativo pues nos ha dicho que no puede perjudicarse, su salud, su escolaridad y su trabajo y que tampoco puede consistir en la prestación de trabajos forzados (Esto último, lo señala el Artículo 230° del Código de los Niños y Adolescentes)

Dentro de este margen podemos señalar algunas características que nos pueden ayudar a definir a la Prestación de Servicios a la Comunidad:

- La realización de actividades o tareas concretas útiles a su comunidad que tomen en cuenta sus aptitudes.(carácter constructivo y solidario)
- Deben desarrollarse en su periodo de ocio, por lo que en el informe técnico se debe explorar este aspecto, a fin de que se tenga cuanto tiempo libre tiene por día y por semana.
- No pueden atentar contra su dignidad.
- Debe contarse con su consentimiento.
- Son gratuitas, por lo que no están supeditadas a intereses económicos.
- Así el adolescente esté desocupado, las jornadas que sean fijadas no podrán exceder las establecidas en la regulación de la materia (no puede ser más de 6 horas diarias conforme lo señala el Artículo 56 del Código de los Niños y Adolescentes) En este sentido, pese a que nuestra legislación señala como máximo un periodo de seis meses, deben ser fijadas en horas, las cuales podrán ser completadas dentro del periodo máximo de seis meses. A nuestro juicio 60 horas deberían ser el tope.
- Las actividades que desarrolle deberán preferentemente tener relación, con la naturaleza del hecho cometido y con el bien jurídico lesionado. (efecto educativo orientado a la toma de conciencia)
- No desecha el acompañamiento en libertad, éste debe hacerse igual, pues no se trata únicamente de que cumpla por cumplir al que hacer que tome conciencia de lo que hace y para eso sirve el acompañamiento.

Los trabajos que pueden ser realizados son reparación de objetos y de daños ocasionados en edificios públicos, mantenimiento de colegios, trabajos de cocina o de limpieza en hospitales, clubes de madres, asociaciones de vasos de leche, instituciones para discapacitados, mantenimiento de parques, bosques, voluntariado en asociaciones caritativas asumiendo diversas tareas, enseñanza de deportes como el caso de Jonathan o visita a enfermos y participación en

actividades tales como lectura de cuentos, juegos de mesa, participación en campañas, etc

¿La voluntad del adolescente como presupuesto de la Prestación de Servicios a la Comunidad?

La Prestación de Servicios a la Comunidad puede ser aplicada como medida socio educativa a cualquier adolescente, únicamente valorando su potencial, pues se puede acordar en todos los casos en los que se disponga una medida en medio abierto.

Un requisito fundamental es que él acepte la realización de las actividades en las que consistirá la Prestación de Servicios a la Comunidad, es decir que asuma libremente reparar el perjuicio ocasionado (aunque sea de modo indirecto) De este modo su voluntad, no sólo es un requisito legal propio de la Remisión (consentimiento informado) sino también es la garantía de su eficacia y que además no sea tildado de “trabajo forzado”¹²⁷.

En nombre de esta misma voluntariedad, podría propiciarse algo mucho más directo que la Prestación en Beneficio de la Comunidad, es decir lograrse que el adolescente decida realizar alguna actividad en beneficio de su propia víctima, pero eso no depende sólo del adolescente sino también de la parte agraviada (lo cual implica un procedimiento de mediación)

¿Por qué la Prestación de Servicios a la Comunidad y la Justicia Restaurativa se llevan bien?



En el marco de la Justicia Restaurativa, se promueve la aplicación de la Prestación de Servicios a la Comunidad por el efecto educativo que tiene la realización de las actividades para el propio joven.

CAPELAERE Y GRANJEAN¹²⁸, señalan los siguientes aspectos positivos:

¹²⁷ Nosotros creemos que este requisito del consentimiento es exigible en la aplicación de la prestación de servicios a la comunidad tanto si se fija en Remisión como en la Sentencia.

¹²⁸ CAPPELAERE, Geert y GRANJEAN, Anne “Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades” UNICEF, Madrid, 2000, p 438-439.

- a) Logra que los adolescentes asuman directamente la responsabilidad por sus actos, pues en la Prestación de Servicios a la Comunidad son ellos y no sus padres quienes tienen que hacer las actividades a favor de los demás.
- b) Siempre que es posible y sin atentar contra su dignidad de enfrente a los adolescentes con el daño que han causado (aunque sea de modo simbólico) Por ejemplo un adolescente que ha conducido en estado de ebriedad y causado un atropello puede ayudar como voluntario en el servicio de emergencia de un Hospital. Otro que ha efectuado actos vandálicos puede trabajar en el mantenimiento de un parque. De este modo se busca una cierta compensación. (reparación indirecta)
- c) Los adolescentes ganan experiencias invalorable, pues aprenden a trabajar en equipo, a respetar reglas, a tener responsabilidades, a ser valorados y apreciados por su trabajo, adquieren roce social e incluso experiencia laboral

APLICANDO LO APRENDIDO

Toda medida socio-educativa debe ser oportuna y adecuada. Al parecer estos requisitos no han sido cumplidos por el Juez al aplicar la Prestación de Servicios a la Comunidad a Jhonatan. No obstante esta medida logró hacerse efectiva fundamentalmente por el trabajo del Educador.

¿Tienes conocimiento del número de medidas socio-educativas de Prestación de servicios a la comunidad aplicas? ____ _porcentaje ____

¿En cuántos casos aplicaste la Remisión con Prestación de Servicios a la Comunidad? _____

¿Cuáles son las principales dificultades que encuentras para su aplicación?

LECTURA



KADIO, Belleza “La Experiencia del Servicio Comunitario” en Justicia para Crecer N° 5 Enero-Marzo 2007, p 25-31.

OBJETIVO: Analizar las diversas posibilidades de aplicación de la medida socio educativa de prestación se servicios a la comunidad.

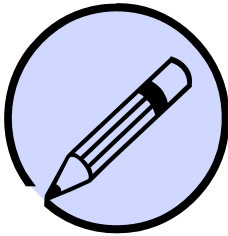
- ¿Cuáles son las principales ventajas de la Prestación de Servicios a la Comunidad?
- ¿Qué diferencias encontramos con nuestra legislación?
- ¿En base a lo leído que aspectos podrían integrarse en nuestra practica judicial sin necesidad de una modificación legislativa?
- Señala los pasos que se necesitarían en nuestra legislación para la aplicación de la Prestación de Servicios a la Comunidad.

TEMA 04

LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES
JUDICIALES DENTRO DEL MODELO DE JUSTICIA
RESTAURATIVA

“Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación”

(Cesare Beccaria, De los delitos y de las Penas)



Punto de partida: Acompañamiento en Libertad

En España, la medida que conocemos como Libertad Asistida se conoce con el nombre de “Libertad Vigilada”, pero en el contenido significa lo mismo, un acompañamiento en Libertad que tiene por finalidad la modificación de los hábitos del adolescente. Emilo Calatayud nos cuenta a su estilo en que consiste este acompañamiento en libertad.

“La libertad vigilada de un menor está controlada por equipos especializados en la materia (psicólogos, pedagogos, educadores...) y su función es la de controlar toda la actividad del menor: la asistencia al colegio, salidas con las amistades, comportamientos en casa, relaciones con la familia, horarios, que no acuda a determinados sitios prohibidos, etc.

Lo que realmente es importante aquí es la idea del medio plazo en los objetivos, pues no podemos pretender que un chaval que está acostumbrado a robar diez motos en un mes, por el mero hecho de ponerlo en libertad vigilada va a convertirse en un santo.

Hay que tener paciencia porque el chaval, precisamente por su condición de chaval, es vulnerable para lo bueno y para lo malo” (Emilio Calatayud, Reflexiones de un Juez de Menores p 92).



¿Quiénes están encargados de la Ejecución de las decisiones Judiciales? ¿Qué aspectos deben de tomarse en cuenta en el seguimiento de las Medidas dentro del Modelo de Justicia Restaurativa? ¿Cuál es la importancia de la Ejecución de las decisiones Judiciales?

La Ejecución de las Decisiones en el marco legal

El Código de los Niños y Adolescentes señala que el Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar. Por esta razón la medida tomada al respecto no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino también en las circunstancias personales que lo rodean. (Art. 191 del Código de los Niños y Adolescentes)



En este sentido previamente a decidirse una medida socioeducativa (sea en Remisión o en sentencia) debe efectuarse en forma obligatoria una exhaustiva evaluación a cargo del Equipo Multidisciplinario (Artículo 215 y 225 del Código de los Niños y Adolescentes)

Del mismo modo una vez dictada una sentencia o tomada una decisión, ésta debe ser cumplida contando para ello con un órgano administrativo de seguimiento. Esta función la mantiene aún el Poder Judicial desde el año 1996 en que le fueron transferidas estas funciones por el entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano. En virtud de ello, se ha diseñado el Sistema de Reinserción Social, a cargo de la Gerencia de Operaciones del Poder Judicial y del Servicio de Orientación al Adolescente quienes tienen la función de implementar y dirigir las acciones de supervisión de las medidas socio-educativas en medio cerrado (internamiento) y abierto (Libertad Asistida, restringida y prestación de servicios a la comunidad). Lamentablemente a nivel nacional únicamente existe un Servicio de Orientación al Adolescente (SOA) situación que dificulta las labores de seguimiento y supervisión.

No obstante, esta situación el Juez tiene el deber de ejecutar sus decisiones. Para este efecto cuenta con el apoyo del Equipo Multidisciplinario del juzgado, quien tiene conforme a Ley la obligación de hacer el seguimiento de las medidas. (Art. 150,b del Código de los Niños y Adolescentes. Asimismo, de no tener equipo o en forma complementaria a este debe propiciar la implicación de su comunidad en labores de seguimiento y control de medidas, con una estrategia de RED.

Es de particular importancia lograr la implicación de los gobiernos locales y regionales, generando niveles de responsabilización entre uno y otro. Pues todo no se puede esperar del Gobierno Central. De este modo incluso se podría instaurar un comité técnico de capacitación, supervisión y monitorización en cada distrito judicial.

Para esta tarea el Juez debe salir de su despacho, interactuar y liderar a su comunidad promoviendo el concurso de todas las instituciones que puedan ayudar en la tarea de hacer realidad las decisiones judiciales.

Los aspectos que comprenden el seguimiento y control de una medida socio-educativa en la Justicia Restaurativa

Solamente un seguimiento adecuado del cumplimiento de las medidas aplicadas puede eliminar todo vestigio del Derecho Penal existente únicamente en el papel y transformar el símbolo de la sanción penal juvenil, inejecutable e inútil en una experiencia educativa que genere en el adolescente un respeto por la normas, los bienes jurídicos y el Estado de Derecho.

En el caso del seguimiento de las medidas socioeducativas, es conveniente el establecimiento de un nivel de responsabilidades en función del tipo de medidas socioeducativas aplicadas. Así en el caso de las alternativas al internamiento, consideramos que teniendo en cuenta el fracaso del Servicio de Orientación al Adolescente debe abandonarse la centralización de la ejecución a cargo del Poder Judicial, a fin de que sean los gobiernos locales quienes deben encargarse del seguimiento de las medidas y de su ejecución, estando a cargo de las regiones el establecimiento de un comité técnico de capacitación, supervisión y monitorización, el mismo que deberá informar al ente rector.

De este modo el control inmediato de la ejecución de las medidas no privativas de libertad debe estar a cargo de la administración. Sin embargo, el juez de familia del lugar de la ejecución debe ser informado del incumplimiento de la medida para que pueda ser citado el adolescente y de ser el caso ante la flexibilización de las mismas pueda ser cambiada por otra que se encuentre en posibilidad de cumplir y de ser reiterado el incumplimiento y sin motivo, poder en última instancia la posibilidad de conversión con la medida socio educativa de internamiento.

Ciertamente, sin el control adecuado de la ejecución de las medidas socio educativas, no se logrará jamás que el adolescente asuma una función constructiva en la sociedad¹²⁹. Es preciso por ello, verificar el cumplimiento, no únicamente en el plano formal (plazo) sino en el ámbito material (efectos, positivos, resultados verificables), toda vez que la reintegración social sólo se alcanza por medio del mejoramiento y desarrollo de las capacidades de adecuación y convivencia del adolescente tanto dentro de su familia, como en su entorno social¹³⁰(cambio de

¹²⁹ CIDN Art. 40.1 infine
¹³⁰ Cfr. Art 629 Ley Venezolana..

actitudes), y del aprovisionamiento de conocimientos y competencias como herramientas básicas para el desarrollo personal.¹³¹

La ejecución de la medida por lo tanto tiene un componente educativo ineludible el cual, no depende de la medida formalmente aplicada, sino de la oportunidad que el Estado no desaproveche para brindar al adolescente que ha infringido el sistema todo lo que era su deber y no le ha dado aún. La ejecución de la medida es entonces un derecho del adolescente y un deber del Estado, sin el seguimiento de la misma, las medidas alternativas se convierten en mero simbolismo, sin efectividad práctica ni sentido.

Es necesario que el adolescente entienda que debe de cumplir las medidas, siendo detenido si es necesario, en caso de resistirse a ello, pues tiene que entender que las leyes existen para ser respetadas. Asimismo debe el Estado mejorar la calidad de su ejecución: El internamiento no puede ser simple encierro; la libertad asistida, firmar un cuaderno en un juzgado o una Demuna; ni la libertad restringida, recibir charlas con cierta periodicidad. Hace falta entonces que cada medida socio educativa implique una intervención integral en la vida del adolescente, y por lo tanto también en su dinámica familiar para potenciar sus capacidades desde su propio entorno.

Para este efecto, el equipo multidisciplinario o quien haga sus veces debe, diseñar un plan individual para ser aplicado en la ejecución de la medida. Este plan no debe ser un secreto, sino por el contrario encontrarse en el expediente para el seguimiento por parte del juzgado, lo cual no significa que como todo plan deje de recibir de parte del Equipo técnico los ajustes y las modificaciones que las necesidades del adolescente requieran, e incluso de ser el caso, servir de base para la modificación de la medida.

En este sentido, es interesante la Ley Venezolana la cual señala “El plan debe ser formulado con la participación del adolescente, se basará en el estudio de los factores y carencias que incidieron en su conducta y establecerá metas concretas, estrategias idóneas y lapsos para cumplirlas”¹³².

¹³¹ Nos referimos a las competencias, como elementos centrales de la educación por ser una mezcla de teoría y práctica, a diferencias de los conocimientos que son básicamente teóricos y no tienen una aplicación práctica de inmediata verificación. Así, son competencias, el saber reparar el motor de una licuadora, conocer a nivel de usuario el funcionamiento de programas de computación, dominar un idioma, saber leer, mejorar la comprensión de la lectura, etc. Las medidas socio-educativas tienen como principal fin no sólo rehabilitar como señala nuestro Código de los Niños y Adolescentes en su Art. 229; sino, reintegrar y ello sólo se consigue desarrollando competencias.

¹³² Art 633 de la Ley Venezolana.

Una vez establecido el plan, corresponde desarrollarlo. Esta tarea debe recaer en los actores sociales comprometidos de la comunidad, bajo el seguimiento y control del juez. De su correcto funcionamiento y del personal calificado con el que cuenten (área social, pedagógica y psicológica)¹³³, dependerá mucho la inclusión de la propia familia del adolescente en su proceso de reinserción y superación personal.

En este sentido, Diego Silva Balerio,¹³⁴ destaca algunas condiciones que tiene que tener el Educador Social para el trabajo con adolescentes en conflicto con la Ley Penal:

- a) El Educador debe estar adecuadamente informado sobre lo que sucede en el día a día en el ámbito político, cultural, educativo, social, etc.; Al mismo tiempo, debe conocer su comunidad, logrando conectar a los adolescentes con los servicios existentes para disminuir a la mínima expresión los riesgos de la institucionalización, entendida como esa dependencia de un asistencialismo que lo inmoviliza, evitando en la medida de lo posible la ficción de espacios de "integración" de adolescentes unidos solo por su situación de infractores a la ley.
- b) El Educador no puede improvisar con un adolescente en conflicto con la Ley Penal, por ello debe planificar y determinar un contenido y un método, delimitando objetivos concretos, entre los cuales debe estar trabajar con la familia del adolescente y hacerla participar, por ejemplo

Asimismo, este mismo autor, señala como elementos claves del trabajo con adolescentes en conflicto con la Ley Penal a los siguientes:

- 1) Responsabilidad: de hacer las tareas sin sentirse obligado, aceptando las consecuencias de los propios actos. Esta palabra cobra un doble sentido, por un lado mira al pasado (la responsabilidad implica la toma de conciencia de lo que hizo) y por otro lado mira al futuro (asume las tareas cotidianas y la formación personal, etc)
- 2) Autonomía: o Independencia. En este punto es importante diferenciar a los adolescentes por franjas etéreas, ya que necesitamos clarificar las responsabilidades que le tocan y las que conciernen a los adultos.

¹³³ Los Educadores Sociales deben ser seleccionados mediante el uso de criterios tales como capacidad de autocontrol, equilibrio emocional, capacitación en derechos humanos, etc.

¹³⁴ SILVA BALERIO, Diego "Infracción juvenil y educación social: un encuentro necesario" Defensa de los Niños Internacional.

3) Autoestima: Aceptación que permite sentirse capaz de afrontar nuevas situaciones, pudiendo valorar las propias posibilidades y limitaciones. La carencia de autoestima tiene consecuencias graves.

La importancia de la Ejecución de las decisiones



La parte crucial de la Justicia Penal Juvenil es sin duda la ejecución de las decisiones, si ella fracasa todo el sistema de control social formal fracasa, configurándose un Derecho Penal simbólico, sin utilidad, ni para la sociedad, ni para la víctima ni para el adolescente.

Es por ello de trascendental importancia el seguimiento adecuado del cumplimiento de las medidas aplicadas para lograr en el adolescente una experiencia educativa que promueva el respeto por las normas, los bienes jurídicos y el Estado de Derecho, Para este efecto es importante organizar a la comunidad para que asuma el reto de colaborar con la Ejecución de las decisiones Judiciales.

En todo este proceso, no debe descuidarse los derechos y deberes que tiene el adolescente durante la ejecución de las medidas (no únicamente durante su internamiento como señala el Artículo 240;del Código de los Niños y Adolescentes), sino, también durante la ejecución de las medidas alternativas o no privativas de libertad¹³⁵.

¹³⁵ Sobre el particular el Artículo 630 de la Ley Venezolana, señala como Derechos de la Ejecución de las Medidas sin que la enumeración sea limitativa: a) Ser mantenido, preferentemente, en su medio familiar si éste reúne las condiciones requeridas para su desarrollo; b) A un trato digno y humanitario. c) A recibir información sobre el programa en el cual esté inserto, sobre las etapas previstas para el cumplimiento de la medida; así como sobre sus derechos en relación a las personas o funcionarios que lo tuviere bajo su responsabilidad; d) A recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y necesidades, y a que aquellos sean proporcionados por personas con la formación profesional idónea; e) A comunicarse reservadamente con su defensor, con el Fiscal del Ministerio Público y con el Juez de Ejecución; f) A presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta y, especialmente, a promover incidencias ante el Juez de Ejecución; g) A comunicarse libremente con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa del juez; h) A que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le corresponden, y respecto de la situación y los derechos del adolescente; En nuestra legislación el vacío normativo debe ser llenado recurriendo a la aplicación directa de los Convenios internacionales.

APLIQUEMOS LO APRENDIDO

Señala ¿Cuál es el principal problema que afronta tu despacho en la Ejecución de sus decisiones?

¿Qué medidas correctivas has tomado?

LECTURA



SILVA BALERIO, Diego “El Adolescente, la responsabilidad y el trabajo del educador” en Justicia para crecer N° 4 Octubre- Diciembre 2006.

OBJETIVO: Analizar las dificultades que se tienen en la ejecución de las decisiones judiciales en el medio abierto.

5. ¿Qué dimensiones comprenden el trabajo con el adolescente?
6. ¿Cómo se promueve la responsabilidad por la infracción?
7. ¿Qué rol cumple en el trabajo educativo el reconocimiento u el ejercicio de los derechos del adolescente?
8. ¿Qué aspectos encierra la Educación en Libertad?

CASOS

CASO 1: Expediente 13691-2011-0-1801-JR-FP-05

Objetivo: Identifica la forma en la que el Juzgado ha valorado el criterio de gravedad al momento de conceder la remisión en sede judicial

1. **Identifica los hechos relevantes del caso**
2. **Identifica la ratio decidendi en el caso de autos**
3. **¿Estás de acuerdo con los criterios de gravedad valorados en el caso en relación al concurso de dos o más personas?**

CASO 2

Objetivo: Identifica los criterios que se tienen en cuenta al momento de dictar la remisión judicial

1. **¿Cuál es la ratio decidendi del caso de autos?**
2. **Ha tomado en cuenta el aspecto familiar y personal el juzgado para dictar la remisión?**
3. **¿Estas de acuerdo con la impugnación de la decisión?**
4. **¿Cuál es tu opinión sobre la argumentación de la sentencia de vista?**

CASO 3

Objetivo: Identificar los criterios que se valoran al momento de dictar la remisión en sede judicial

1. Identifica los hechos relevantes del caso
2. Identifica la ratio decidendi en el caso de autos
3. Existe algún aspecto que no haya sido tomado en cuenta al momento de conceder la remisión?
4. ¿Considerar la medida dictada adecuada a las circunstancias personales y al hecho cometido?