

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**“INCIDENCIA JURÍDICA DE LA ANTEPOSICIÓN DE LA JUSTICIA
RETRIBUTIVA ANTE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS DERECHOS DE
LOS ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY.”**

RODEMIRO ENCARNACIÓN GARCÍA MIRANDA

GUATEMALA, MARZO DE 2024

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**“INCIDENCIA JURÍDICA DE LA ANTEPOSICIÓN DE LA JUSTICIA
RETRIBUTIVA ANTE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS DERECHOS DE
LOS ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY.”**

TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala**

Por

RODEMIRO ENCARNACIÓN GARCÍA MIRANDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, MARZO DE 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Vocal: Licda. Brenda Lisseth Ortiz Rodas
Secretario: Licda. Iris Raquel Mejia Carranza

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Edson Waldemar Bautista Bravo
Vocal: Lic. Francisco José Cetina Ramirez
Secretario: Lic. Hector Javier Pozuelos Lopez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 de Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 15 de noviembre de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, ANA KARINA MÉNDEZ VIELMAN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
RODEMIRO ENCARNACIÓN GARCÍA MIRANDA, con carné 200415804,
 intitulado INCIDENCIA JURÍDICA DE LA ANTEPOSICIÓN DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA ANTE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA EN LOS DERECHOS DE LOS ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
 UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
 GUATEMALA, C. A.

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Licenciada
 Ana Karina Méndez Vielman
 Abogada y Notaria

Fecha de recepción 15 / 01 / 2022 . f) _____


 Asesor(a)
 (Firma y Sello)





Guatemala, 2 de noviembre de 2022

Doctor Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



De manera atenta y respetuosa me dirijo a ustedes, con el objeto de referirme a la resolución de fecha quince de noviembre de dos mil veintiuno, por medio de la cual fui nombrada ASESORA del trabajo de tesis del estudiante RODEMIRO ENCARNACIÓN GARCÍA MIRANDA, intitulado **“Incidencia jurídica de la anteposición de la justicia retributiva ante la justicia restaurativa en los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley”**.

En cumplimiento de la designación emanada de su despacho y con el conocimiento y experiencia profesional, procedí a brindar orientación para realizar el trabajo de investigación, el cual me consta fue elaborado con acuciosidad, dando como resultado que: el contenido científico y técnico de la tesis cumple con los requisitos del método científico de las ciencias sociales; ya que a través de este, se estructura un modelo explicativo de la realidad y la necesidad de incorporar los lineamientos de la justicia restaurativa en el derecho penal juvenil guatemalteco; el contenido del trabajo de investigación denota la utilización de técnicas de recolección de datos y fuentes bibliográficas, la exposición de doctrinas y el seguimiento de un cronograma de trabajo formulado en el plan de investigación.

La metodología y técnica de investigación empleada, se basó en un análisis crítico, y descriptivo, por lo que el contenido de la presente tesis evidencia la aplicación del método inductivo y deductivo para generar las conclusiones; de manera que el estudiante realizó un análisis de leyes relacionadas con la materia, las doctrinas, la información de las instituciones del sistema de justicia que se relacionan con el tema objeto de estudio y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, todo con el objetivo de llegar a las conclusiones de que, la tendencia de la política criminal en el derecho penal juvenil, es la incorporación de los lineamientos de justicia restaurativa para el tratamiento de los ilícitos cometidos por adolescentes en conflicto con la ley penal.

Licda. Ana Karina Méndez Vielman

Abogada y Notaria

Colegiado 14,859



En cuanto a los aspectos de redacción, considero que el estudiante se apegó a lo que establece el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

La contribución científica de las ciencias sociales, son las normas, principios, fuentes y doctrinas; en donde el bachiller hace sus propias aportaciones, para comprobar y llegar a cumplir con los objetivos planteados.

A lo largo del proceso de asesoría, tuve oportunidad de remitir mis observaciones de fondo y forma al autor, quién introdujo las modificaciones que estimé pertinentes, sin embargo aprovecho la oportunidad para hacer énfasis en que el trabajo de investigación contiene afirmaciones que fueron ampliamente discutidas con el estudiante, quien con los argumentos respectivos reiteró su punto de vista y los defendió, optando así por mantenerlas, lo anterior denota riqueza de la discusión académica, y especialmente, el sustento y análisis recogidos en la tesis desarrollada, por lo que de mi parte no existe impedimento para avalar la inclusión de tales afirmaciones.

Asimismo, aprovecho la oportunidad para declarar que no tengo parentesco dentro de los grados de ley con el estudiante.

En virtud de lo antes expuesto, y con fundamento en lo que establece el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto que se continúe con el trámite respectivo, ya que el trabajo desarrollado cumple con los requisitos establecidos en el mencionado normativo.

Agradeciendo la atención, me despido de usted con muestras de consideración y respeto.

Atentamente;

Licda. Ana Karina Méndez Vielman

Abogada y Notaria

Colegiado: 14,859



D. ORD. 102-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintiséis de enero de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **RODEMIRO ENCARNACION GARCIA MIRANDA**, titulado **INCIDENCIA JURÍDICA DE LA ANTEPOSICIÓN DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA ANTE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS DERCHOS DE LOS ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY.** Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ayudarme a alcanzar este objetivo, porque nunca se agota su compasión y cada mañana se renuevan sus bondades
- A MIS PADRES:** Por ser pilares fundamentales en mi formación y porque su ejemplo de perseverancia, me hacen seguir sus pasos en beneficio del prójimo.
- A MI FAMILIA:** Por ser el árbol que me protege, aunque crecimos en diferentes direcciones, nuestras raíces son como una sola.
- A ESTER:** Por enseñarme a celebrar juntos los logros, porque el éxito compartido es aún más gratificante.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme otro logro en mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

El trabajo está enmarcado en la justicia restaurativa como nuevo paradigma, orientado a la solución temprana de los conflictos en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, un enfoque distinto a nuestro sistema positivista que se centra en retribuir sanciones a quienes han violentado la normativa penal.

En la presente investigación se entenderá por justicia retributiva, aquella que parte del principio de proporcionalidad que afirma que la severidad de la pena debe ser razonable y proporcional a la gravedad de la infracción, la legislación penal vigente (Ley PINA) contiene este principio el cual se refleja en las sanciones de régimen especial de privación de libertad que se aplica a los adolescentes que transgreden la ley penal, lo cual se entiende como una respuesta directa hacia una conducta criminal que se enfoca en el castigo sobre los infractores y la compensación para las víctimas.

Mientras que por Justicia Restaurativa, se entenderá el proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la forma de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro, la justicia restaurativa se considera es el resultado de la promulgación de normas internacionales y regionales, la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño, de los nuevos conocimientos sobre el desarrollo de niños y adolescentes y la evidencia de prácticas efectivas con la justicia restaurativa y su incidencia en la vida de los ACLP, es definitiva para el futuro de los adolescentes.



HIPÓTESIS

El Modelo de Justicia Penal Juvenil Guatemalteco, resulta útil y viable debido a los mecanismos legales ya existentes, tales como la conciliación, la suspensión condicional de la sanción de privación de libertad, la remisión, el criterio de oportunidad reglado y la reparación del daño, considerando integralmente los efectos del delito en la víctima y el victimario; los mecanismos citados de acuerdo con lo establecido en la Convención de Derechos del Niño.

Según la Observación General 24 (2019) de Naciones Unidas, los Estados parte deben adecuar su sistema de justicia penal juvenil en beneficio de los infractores; es decir las estrategias y reformas deben diseñarse tomando en cuenta que la adolescencia es una etapa definitoria única del desarrollo humano que se caracteriza por el desarrollo rápido del cerebro, y esto afecta la toma de riesgos, ciertos tipos de toma de decisiones y la capacidad de controlar los impulsos.

En función de lo anterior y de acuerdo con los informes del Comité de los Derechos del Niño, el sistema actual, no permite mecanismos de justicia restaurativa que permitan garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de la niñez y adolescencia infractora de la Ley Penal.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Tomando en cuenta las variables de la hipótesis planteada, el desarrollo de la investigación en cada uno de sus capítulos demuestra que la construcción de una política criminal basada en el respeto a la dignidad humana, requiere fundamentalmente del rompimiento con la tendencia criminalizadora de expandir los sistemas penales como única salida a los conflictos sociales.

En el caso particular del sistema de justicia penal juvenil, se cuenta con una serie de normas internacionales y nacionales que dan vida a la nueva doctrina de protección integral, la que se constituye como un nuevo modelo de justicia penal juvenil, contempla principios, derechos y garantías, de observancia obligatoria por los funcionarios de justicia y un sistema de sanciones orientado por el principio sociopedagógico. Este nuevo modelo, limita la discrecionalidad, del sistema de justicia y el abuso del poder penal en la aplicación de las leyes penales, así como de un sistema de sanciones estrictamente punitivas.

El sistema de justicia penal juvenil guatemalteco, como política criminal específica, formulado por la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás convenios y tratados internacionales específicos en la materia y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, tienen como objeto superar el enfoque histórico instaurado por la doctrina de situación irregular de los ACLP por lo que se ha logrado pasar de un sistema de justicia retributivo a un sistema restaurativo, en virtud de lo anterior y de acuerdo al método inductivo, no se comprueba la hipótesis planteada al inicio de esta investigación.



CAPÍTULO I	1
1. JUSTICIA RETRIBUTIVA VERSUS JUSTICIA RESTAURATIVA.....	1
1.1. EL MODELO RESOCIALIZADOR	6
1.2. EL MODELO GARANTISTA.	8
1.3. EL MODELO ABOLICIONISTA.	10
1.4. GESTIÓN POLÍTICA CRIMINAL DEL CONFLICTO.	14
1.5. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL.....	19
1.6. POLÍTICA CRIMINAL Y GESTIÓN DE LA VIOLENCIA Y CRIMINALIDAD	23
1.6.1. <i>El conflicto como un hecho inherente a la vida social</i>	24
1.6.2. <i>La necesaria gestión de la conflictividad</i>	25
1.7. DOS PARADIGMAS: EL ORDEN Y LA GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD.....	26
1.8. POLÍTICAS PÚBLICAS Y GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD	28
1.9. EL CONFLICTO	31
CAPITULO II	37
2. JUSTICIA RESTAURATIVA.....	37
2.1. EL ROL DEL ENFOQUE RESTAURATIVO EN LA JUSTICIA JUVENIL.....	44
2.3. LOS PRIMEROS PROYECTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA.	47
2.4. JUSTICIA RESTAURATIVA E INTERÉS EN LA VÍCTIMA.....	48
2.5. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO INDÍGENA.....	49
2.6. JUSTICIA RESTAURATIVA Y ABOLICIONISMO.	50
2.5. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	52
2.6. EXPANSIÓN DE LAS IDEAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA A NIVEL INTERNACIONAL.	58
2.7. JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS FINES DE LA PENA	59
2.8. RESULTADOS DE LOS PROYECTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA.....	62
2.9. JUSTICIA RESTAURATIVA Y "PRIVATIZACIÓN" DEL DERECHO PENAL.....	63
2.10. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DERECHO DE ABSTENCIÓN DE DECLARAR.....	65
2.11. LA OBLIGACIÓN REPARATORIA Y SU PROBLEMÁTICA CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	66



CAPÍTULO III	69
3. CORPUS IURIS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....	69
3.1. PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES APLICABLES	73
3.2. NORMAS QUE INTEGRAN EL CORPUS IURIS.....	76
3.2.1. <i>Sistema Universal de Derechos Humanos</i>	76
3.2.1.1. Observación General 24 (2019) de Naciones Unidas.....	78
3.2.2. <i>Sistema Interamericano De Protección De Derechos Humanos</i>	80
3.3 . PRINCIPIO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	82
 CAPÍTULO IV	 87
4. DERECHOS DEL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL	87
4.1. JUEZ NATURAL.....	88
4.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	89
4.3. DERECHO DE DEFENSA	90
4.4. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:.....	91
4.5. DERECHO A SER ESCUCHADO Y A PARTICIPAR DEL PROCESO	91
4.6. DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS PADRES O RESPONSABLES EN EL PROCESO	92
4.7. PUBLICIDAD Y RESPETO A LA VIDA PRIVADA:.....	92
4.8. DURACIÓN DEL PROCESO.	93
4.9. DOBLE INSTANCIA Y DERECHO AL RECURSO	93
4.10. NON BIS IN ÍDEM Y COSA JUZGADA.....	94
4.11. JURISPRUDENCIA.....	94
GARANTÍAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL JUVENIL	98
 CAPÍTULO V	 99
5. MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA PARA ACLP	99
5.1.1. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL	105
5.2. DIFERENCIACIÓN:.....	107
5.3. DEBIDO PROCESO Y LEGALIDAD	108



5.4. DESJUDICIALIZACIÓN.....	108
5.4.1. <i>Criterio de oportunidad reglado</i>	111
5.4.2. <i>La remisión</i>	115
5.5. DIVERSIFICACIÓN DE SANCIONES	118
5.6. DESPRISIONIZACIÓN	118
5.7. FINALIDADES POLÍTICO-CRIMINALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	121
5.7.1. <i>La suspensión condicional de la persecución penal</i>	123
5.7.2. <i>La Conciliación en la LPINA</i>	136
5.7.3. <i>La reparación del daño como sanción socioeducativa</i>	139
CONCLUSIONES	142
RECOMENDACIONES	143
BIBLIOGRAFÍA	144



INTRODUCCIÓN

Los sistemas de justicia penal en general, tienden a ser sistemas altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden social. Carecen de un sistema de política criminal y victimal que busquen la solución del conflicto penal de una manera diferente a la sola alternativa represiva.

La crisis en el sistema judicial del país se presenta por varios factores entre ellos, la incapacidad para adelantar y terminar las investigaciones y actuar frente a los delincuentes organizados en grupos de poder, congestión de procesos y casos sin resolver en los despachos de todas las instancias de la fiscalía; impunidad y falta de credibilidad en la justicia; cuestionamiento de la ausencia de administración pública de la justicia penal para cumplir, esta, tan fundamental misión en un Estado de Derecho.

La criminalidad es un fenómeno presente desde el inicio mismo de nuestra existencia como seres humanos, por razones como la desigualdad económica, la falta de oportunidades para los más desfavorecidos, racismo, violencia y separación de clases, las tasas de criminalidad han aumentado como nunca antes.

Para controlarlo, se han introducido castigos como el encarcelamiento, con la esperanza de que por el miedo a sufrir, los individuos se lo pensarían dos veces antes de ofender. En consecuencia, Guatemala, uno de los países de América Latina actualmente tiene las tasas de encarcelamiento más altas del mundo.

Los datos actuales eso es lo que revelan, sin embargo, debemos creer que las prisiones no son un elemento disuasorio efectivo, ni un método de rehabilitación efectivo.

Los sistemas de justicia penal, en general, tienen el propósito obvio de ayudar a reducir la criminalidad, dos de sus objetivos principales son la disuasión y la rehabilitación, y si estos conceptos fueran de manera efectiva en la práctica, la sociedad estaría experimentando un cambio significativo. Dado que los números relacionados con la



delincuencia en la sociedad se mantienen estables, parece que ninguno de los dos objetivos se está cumpliendo.

La mayoría de las personas que son encarceladas terminan volviendo a prisión dentro de los siguientes años de su liberación, hecho que demuestra claramente que los métodos de rehabilitación no están funcionando bien y la expectativa de que la prisión disuade por el simple hecho de que es un castigo severo no está siendo satisfecho.

Para comprender mejor el contexto en el que se desarrolla el sistema penal de las naciones democráticas y en particular el Guatemalteco, esta tesis presentará una breve reseña histórica de los sistemas de castigo.

En su primer capítulo, examinaré las razones por las cuales se crearon los modelos de justicia penal, y las consecuencias de la aplicación de sus sanciones en el tiempo. El castigo estatal en la sociedad contemporánea, en su mayoría a través del sistema penitenciario, será vista como una institución social que no logra alcanzar sus objetivos básicos, pero al mismo tiempo opera estableciendo la dominación de clase y el control social, teniendo el efecto exactamente opuesto al carácter reparador que pretende tener y en contraposición dicho modelo se aborda el surgimiento de la justicia restaurativa.

El segundo capítulo analizará el carácter retributivo de nuestro actual sistema penal, nombrando sus metas más importantes y determinando cuál es el impacto de la justicia restaurativa en los adolescentes en conflicto con la ley penal. Se explicarán cuidadosamente conceptos como la retribución, la rehabilitación y la disuasión.

Para facilitar nuestra comprensión sobre la realidad detrás del encarcelamiento masivo y los efectos reales que los severos castigos tienen sobre los individuos, el tercer capítulo adoptará un enfoque bajo los estándares internacionales, que establecen tanto el sistema de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano, de los cuáles Guatemala es Estado parte, y la justicia retributiva será vista como una de las herramientas por las cuales las clases altas oprimen y mantienen el control social, gobernando a través del



miedo al castigo. El viciado sistema penal que tenemos hoy, según esta perspectiva, la realidad no es un sistema que ha fracasado, sino un sistema que ha logrado efectivamente su oculto propósito, sus verdaderos objetivos no son rehabilitar y proporcionar una sociedad mejor y más segura, sino traer represión y dominación psicológica. Se adecua el sistema de justicia penal y sus leyes de acuerdo con los intereses de las clases dominantes, y las clases bajas no tienen más remedio que obedecer, o ser castigado.

En el capítulo cuatro se estudian todos los derechos que tienen los adolescentes en conflicto con la ley penal, contrario a lo que la justicia retributiva tiende a disminuir, el análisis permite visualizar la transición entre el modelo retributivo característico porque fue una época en que el castigo era un espectáculo público, centrado en la aflicción del cuerpo, una forma de castigo encubierto que tiene la mente como su objetivo, y que además está vinculado claramente con el proceso de vigilancia y normalización del poder punitivo del Estado.

En el último capítulo se sugerirá una alternativa, incorporando los métodos restaurativos a la discusión. Comparará los enfoques retributivos y restaurativos, alegando que los enfoques restaurativos son mucho más efectivos cuando se trata de reducir las tasas de criminalidad y ayuda a que los reclusos se reincorporan a la sociedad mediante una rehabilitación eficaz.

Esta investigación demostrará el desarrollo del castigo a lo largo del tiempo, tratar de desentrañar qué papel juega en la sociedad actual, y cuál es su real carácter, al mismo tiempo que sugiere métodos restaurativos como una alternativa más adecuada para el actual sistema retributivo de castigo para adolescentes en conflicto con la ley penal.



CAPÍTULO I

1. Justicia retributiva versus justicia restaurativa

Entre los sistemas punitivos, la justicia retributiva se refiere a la forma tradicional como el Estado enfrenta y reprime los comportamientos que considera lesivos y perjudiciales para el logro de la paz y la tranquilidad.

Esta función fue descrita en su crueldad y en su simplicidad por Foucault (1981), al formular la relación de directa proporcionalidad entre la ley, la vigilancia y el castigo. A comienzos del siglo XIX, gracias a la reelaboración teórica de la ley penal que puede encontrarse en Beccaria (1998), Bentham (2001) y los legisladores del primero y segundo Código Penal Francés de la época revolucionaria, el concepto de justicia retributiva toma por fundamento los siguientes principios: a) El crimen no tiene ninguna relación con la falta moral o religiosa, sino que es la ruptura de la ley civil establecida en el seno de una sociedad por el legislador. Por tanto, antes de la existencia de la ley no hay infracción, y sólo se debe castigar la realización de aquellas conductas que son claramente tipificadas por la ley; b) Las leyes positivas no deben transcribir los contenidos de la ley natural, religiosa o moral, deben simplemente representar lo que es útil para la sociedad, definiendo como reprimible lo que es nocivo; c) Debe existir una definición clara y simple del crimen equivalente al daño social.

De esta manera, se formula la definición jurídica del criminal que en la historia de las ideas filosóficas fue anticipada por la tradición liberal moderna que funda la existencia



del Estado en el presupuesto y la defensa del contrato social (Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau, Kant). En dicha concepción el criminal es considerado, por tanto, como aquel que ha transgredido el pacto social, y la ley penal como el instrumento mediante el cual se impone un castigo al infractor para que sea pagado y no se repita el daño causado a la sociedad y al orden de las leyes.

En efecto, el Estado castiga a quienes al transgredir las leyes atentan contra el pacto social que permiten el mantenimiento del orden y sus instituciones. En palabras más exactas, el castigo simboliza el poder punitivo del orden jurídico-institucional sobre cualquier miembro de la sociedad que intente subvertir el discurso y las prácticas estatales y, en modo alguno, la satisfacción de las víctimas. El castigo es, pues, el daño que se impone al victimario, el cual es proporcional al menoscabo causado al Estado por el delito cometido, por lo tanto la justicia retributiva se fundamenta en el principio de legalidad, mediante el cual el Estado tiene el deber de investigar y castigar cualquier violación que se produzca a la ley penal. Dicho principio es constitutivo del pensamiento liberal y, a su vez, conforma la garantía de igualdad y seguridad de todos ante la ley. Desde esta perspectiva la fuerza y el castigo son los elementos constitutivos de lo jurídico, que permite al Derecho cumplir su función de regular la conducta social.

Contrario al concepto anterior, la justicia restaurativa es un sistema de justicia penal que intenta subsanar los problemas presentados por las formas retribucionistas en las cuales se procura resarcir el daño acaecido por la comisión del delito, a través del castigo impuesto a los individuos o de la negociación. A diferencia del carácter sancionador e individualista



de dichos modos de punición, la justicia restaurativa se caracteriza por su posición abolicionista respecto a las formas tradicionales de castigo y, a su vez, restauradora de los vínculos sociales alterados por la transgresión a la ley. Sus fundamentos teóricos se encuentran en las concepciones filosóficas y jurídicas de Aristóteles, Johann Gottlieb Fichte y Georg Wilhelm Friedrich Hegel en torno a la idea de comunidad.

Otros pensadores quienes advierten el carácter social del hombre, cuya vida en comunidad se fundamenta en los sentimientos de amistad, justicia y reconocimiento. Por ejemplo, Aristóteles (1997) distinguía el concepto de *Koinonia* para caracterizar a la sociedad considerada en tanto que comunidad. El filósofo planteaba como unidad más antigua de la sociedad el *oikos*, y la define como una comunidad que a la vez es parte de una aldea (*kóme*) y por tanto forma parte de una ciudad (*pólis*). Es decir, lo sucedido en el plano particular tiene un efecto en el plano general de la sociedad y en sus formas de asociación donde los hombres se reúnen para la consecución conjunta de sus intereses o en aras de un vínculo cultural y político.

La justicia restaurativa posee un marcado carácter comunitarista fundado en los lazos de amistad y fraternidad, constituyéndose, al mismo tiempo, en garante del comportamiento futuro del ofensor y su no reincidencia en la acción delictiva y, por supuesto, en la reivindicación y el reconocimiento de los derechos de la víctima. La justicia restaurativa concibe que el delito no solo perjudica al Estado y a la sociedad considerada bajo un concepto general y abstracto, sino, particularmente, a las víctimas. Por esta razón, la justicia restaurativa le otorga a éstas un protagonismo excepcional en el proceso penal,



facultándolas incluso para decidir sobre el tipo de sanción que resulte más conveniente para que se sientan reparadas. La restauración de los lazos comunitarios moldea, así, la singularidad, la estructura y la función de la justicia restaurativa, garantizando además de los derechos subjetivos de los individuos, la vida comunitaria en su totalidad. Esta finalidad actúa limitando, creando y manteniendo la sociedad públicamente constituida como comunidad, a fin de garantizar la integración de sus miembros.

Por lo tanto, la justicia restaurativa desplaza el interés original por los derechos individuales hacia los derechos comunitarios. Se trata aquí, por supuesto, de una relación complementaria y, en ningún caso, excluyente. De esta manera, la justicia restaurativa abandona la tradición liberal propia de la justicia retributiva, privilegiando, en cambio, la tradición comunitarista, la cual sirve de pauta para las nuevas tareas y consignas de la comunidad. Ésta asume, una fuerte presencia en la vida y el destino de los miembros, ya que debe procurar todo lo necesario en aras de fortalecer los lazos comunitarios.

El postulado fundamental de la Justicia Restaurativa es que una transgresión a la norma jurídica, una falta o delito, perjudica a las personas y sus relaciones, quienes necesitan una sanación a través de un proceso de colaboración, el cual involucra a las partes primariamente interesadas y afectadas de forma directa por esta actuación, en determinación de la mejor manera de reparar el daño causado; y a las partes secundarias o indirectamente afectadas, como red de apoyo.



La Justicia Restaurativa, en lugar de imponer retribución o castigo, se centra en la tarea de establecer un diálogo entre las partes, con el objeto de reparar el daño causado de manera integral, abriendo las posibilidades de reparación: material, moral, psicológica, etc.

La justicia restaurativa, además de observar la responsabilidad penal del victimario, concentra sus esfuerzos en su reintegración social y, por supuesto, en la reparación a los ofendidos bajo la acción delictiva. En este aspecto, la justicia restaurativa, a diferencia de las demás nociones de justicia (retributiva y transicional), resulta no sólo novedosa, sino también considerablemente necesaria debido, por un lado, al carácter responsabilizante del infractor y, por otro lado, a su componente reparador de la víctima y la comunidad. Por esta razón, resulta imprescindible comparar tales nociones de justicia, a fin de comprender objetivamente las tareas, la conformación y la eficacia de los modelos punitivos y restauradores en la sociedad guatemalteca.

Sin embargo, así como se han abordado generalidades del modelo de justicia restaurativa, se considera que previo a entrar a conocer las particularidades y el corpus iuris del derecho penal para adolescentes en conflicto con la ley penal, es imperativo describir los modelos de política criminal que anteceden a dicho modelo de política criminal específico.



1.1. EL MODELO RESOCIALIZADOR

Este modelo surge originalmente como una propuesta por tratar de limitar el uso del poder penal del Estado dentro de un contexto retributivo. Es una de las corrientes que surgió por un “mejor Derecho Penal”.

Se basa principalmente en la atribución al Derecho Penal de una función real de protección a la sociedad. Es decir que su legítima la intervención del Estado siempre que sea para prevenir el delito. Desde el modelo resocializador se propugna porque la prevención del delito sólo puede hacerse mediante la intervención del Estado en la vida individual de las personas que delinquen; con el fin de que se produzca una verdadera reinserción a la vida social y se elimine así la reincidencia.

La doctrina de la resocialización se fundamentó en el positivismo criminológico; y a partir de allí propone la sustitución de las penas (principalmente la de prisión) por las medidas de seguridad.

Esto significa que para el modelo resocializador lo más importante es incidir en la persona del delincuente para anular lo que el positivismo criminológico denominó “tendencia natural a delinquir”, y que mejor que esta incidencia se realice antes de que la persona peligrosa cometa un delito.

El modelo resocializador no se limitó únicamente a la intervención negativa sobre el delincuente (prevención especial negativa) sino también propugna porque el estado le provea al delincuente los medios para que se capacite para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. (prevención especial positiva)

Si la legitimación de la intervención del Estado es la protección de la sociedad mediante la anulación de la tendencia criminal de las personas peligrosas, entonces no tenía razón de ser el respeto de principios como la legalidad, la proporcionalidad y, mucho menos, la culpabilidad.



Es decir que este modelo se caracteriza porque el Estado trata de intervenir no para solucionar la situación producida por el delito sino para anular la peligrosidad dañina del delincuente lo cual se produce mediante el tratamiento terapéutico del delincuente hasta su efectiva curación.

Crítica al modelo resocializador.

La resocialización no es necesaria en algunos delitos, especialmente en los delitos imprudentes donde no hay intención de producir un daño.

En los verdaderos casos en que se necesitaría desde el punto de vista resocializador, no es posible desarrollarla. Especialmente en delitos dolosos de gran impacto.

La absolutización de la resocialización prescinde del hecho y permite la limitación de derechos fundamentales a las personas sin que se haya cometido un acto criminal.

La ideología del tratamiento terapéutico resultó ser más grave que el uso de la pena; toda vez que prescinde del principio de proporcionalidad por ser su eje principal la anulación de la peligrosidad de la persona.

La resocialización no ha podido ser probada científicamente en ningún momento; como lo demuestra la historia de las "*indeterminate sentence*" y la "*parole board*" en USA.

Se rescata del modelo resocializador la propuesta de que, mientras exista pena de prisión, el Estado debe poner a disposición del condenado los medios que le permitan un acercamiento al proceso resocializador; o al menos, evitar al máximo el proceso desocializador que provoca el encierro.



1.2. EL MODELO GARANTISTA.

Como una contrapropuesta al modelo resocializador, surge el modelo garantista también denominado de Derecho Penal mínimo.

Aun cuando dentro de la corriente resocializadora se produjo el Neoclasicismo, corriente que regresó a los principios de la prevención general, pero sin renunciar a la prevención especial de los condenados bajo un control formal; se consideró que no era suficiente para garantizar un verdadero límite a la intervención estatal.

El modelo garantista parte de la idea fundamental de que la existencia del Derecho Penal es impostergable pero que debe haber un límite no sólo de carácter formal sino también sustantivo sobre el ius puniendi.

Concilia el interés de protección de la sociedad con el respeto de los derechos de las personas; y por ello se propugna por el uso del poder penal limitado y bajo un estricto control formal.

No se renuncia a la resocialización, pero como un derecho del condenado, mientras exista privación de libertad.

El límite formal se integra con un sistema de garantías y principios dentro de los que destacan la legalidad, proporcionalidad, humanidad y culpabilidad del Derecho Penal.

El límite sustantivo del ius puniendi se plantea desde dos puntos de vista: la desaparición de las penas largas de prisión que imposibilitan la resocialización; y la sustitución de las penas cortas de prisión mediante la instauración de nuevas formas positivas o alternativas de solución tales como la reparación.



Ferrajoli expone dentro de esta corriente que el sistema penal se justifica únicamente en la suma de las violencias producidas por el delito y las venganzas o punitivas privadas o arbitrarias que pretende prevenir es mayor que la violencia generada por el Estado.

Sus postulados básicos son:

- a) La pena es una amarga necesidad (elemento legitimador) (Proyecto Alternativo Alemán)
- b) El uso del Derecho Penal es necesario para evitar la violencia social informal. (Ferrajoli)
- c) La pena debe ser impuesta sólo lo mínimo necesario. (principio de intervención mínima)
- d) La función preventiva del Derecho Penal es doble: prevención del delito; y prevención de las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas.
- e) En concreto se puede decir que el modelo garantista se define en un triple sentido:
- f) La máxima reducción cuantitativa de la intervención penal. (despenalización)
- g) La máxima extensión de los límites garantistas.
- h) La Rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitivos.

Críticas al modelo garantista.

- a) No se puede definir objetivamente cuando es necesaria la intervención estatal.
- b) No justifica científicamente la legitimación del uso del poder penal.
- c) El mismo sistema penal se encarga de burlar el sistema de controles que se le han formulado.
- d) No visualiza la protección de los intereses de la víctima del delito; consecuentemente no resuelve el conflicto.



1.3. EL MODELO ABOLICIONISTA.

Doctrinariamente existen dos conceptos del abolicionismo. En un sentido restringido se incluye a quienes propugnan por la abolición de alguna figura o institución del sistema penal como la cárcel, la pena de muerte, etc. En un sentido amplio se incluye a quienes propugnan de verdad por la abolición completa del sistema penal y de toda forma de resolución coercitiva del conflicto.

Dentro de los antecedentes más directos del abolicionismo se encuentra el movimiento de abolición de la esclavitud, movimiento abolicionista de la pena de muertes, de los castigos corporales, etc.

Su fundamentación filosófica es la "disposición fenomenológica para comprender las cosas". Desde este punto de vista, los abolicionistas plantean la necesidad de poder intervenir en los fenómenos sólo hasta que se ha comprendido a plenitud su naturaleza.

Por ello, se postula porque antes de analizar el fundamento legitimador del Derecho Penal, se analice y comprenda cuál es la naturaleza del delito.

Al analizar el delito indican que éste no es más que una situación problemática más de la realidad; es decir que el delito no es más que un conflicto por lo que se oponen a cualquier intervención violenta para su resolución, sin importar que esa violencia sea ejercida por el particular (violencia privada) o por un tercero (sea un particular o el Estado)

Tienen su principal fundamento criminológico en los planteamientos de la criminología radical. La criminología radical o crítica ha descalificado objetivamente al sistema penal como mecanismo de control social, indicando que el sistema penal no cumple con los objetivos que aparentemente se le han atribuido por muchos años, es decir: la prevención general y la prevención especial.



Esta corriente que alimenta el modelo abolicionista establece el sistema penal es incapaz de responder a la conflictividad social y por ello no sólo es ilegítima sino ineficaz.

Por todo ello, consideran que lo único que puede justificarse para intervenir en la conflictividad calificada hoy como delincuencia es la “autogestión social” que genera una “respuesta societal” al conflicto basada en la mediación y no en la represión.

De lo contrario, afirma, se mantendrá la idea falsa de que el sistema penal procura a las víctimas ayuda y protección, situación que no ha sido posible lograr bajo ninguno de los modelos históricamente existentes.

Steinert señala que si bien es cierto se ha señalado al modelo abolicionista como una utopía, se puede visualizar un abolicionismo emergente asentado en:

- a) La integración del daño y su compensación como principal objeto y fin (respectivamente) del sistema penal.
- b) La atención del delito como un conflicto. Y
- c) La factibilidad de arribar a acuerdos entre víctima y victimario dentro del proceso penal.

Uno de los autores más destacados del modelo abolicionista, Hulsman, plantea que el abolicionismo no es una utopía sino una realidad; pues en la realidad el sistema penal está abolido porque casi no se aplica. Lo que sucede es más bien que existe una intervención violenta del Estado que no se justifica por el propio sistema pues quebranta



los controles que éste se ha inventado para legitimarlo¹. (Cfr. Por ejemplo el tema de la prisión preventiva) Por ello, plantea la necesidad de abolir el sistema penal por mera solidaridad a los condenados, a las víctimas, a la sociedad en su conjunto y con los funcionarios que les corresponde asegurar el sistema penal.

Otro autor destacado del abolicionismo, Neild Christie, plantea en su obra "los conflictos como pertenencia" que los conflictos de las personas han sido arrebatados por el Estado quien los vuelve invisibles a los directamente involucrados. El gran perdedor ante esta situación señala, es la víctima.

Christie propone un modelo de corte vecinal para sustituir al sistema penal, el cual debería orientar el proceso de construcción de la respuesta con base al siguiente esquema:

I etapa: ¿Hay violación a algún interés de alguna persona? (tratamiento de conflicto).

II etapa: ¿Cuál es la situación de la víctima?

III etapa: ¿Qué se puede hacer el agresor por la víctima?

IV etapa: ¿Qué se puede hacer por el agresor?

Este tipo de servicio no está tan alejado de la realidad, especialmente si lo confrontamos con sistemas de justicia indígena en nuestro propio país.

Críticas al modelo abolicionista.

- a) Desconfía al monopolio de la respuesta estatal, pero cree ciegamente en la respuesta societal. (crítica al fundamento antropológico)

¹ Crespo, Demetrio, De nuevo sobre el pensamiento penal abolicionista, en Cahiers de Défense Sociales. Homenaje a Louk Houlsman, págs. 107-129.



- b) Los valores que propugna no son acordes con la realidad de los valores de las sociedades modernas. (Crítica sociológica)

- c) Los garantistas señalan que: abolir el Derecho Penal incluye abolir los límites al Derecho Penal lo cual puede producir la instauración de una sociedad disciplinaria sin controles.

- d) Científicamente se dice que parte de supuestos no demostrables, especialmente en cuanto a que no es científicamente demostrable que la abolición del sistema penal produzca respuestas no violentas por parte de la sociedad.

- e) Principalmente se critica que el razonamiento abolicionista es inconsistente entre lo que critica y sus alternativas; pues básicamente critica al sistema penal con casos de bagatela para descalificarlo, pero nunca discute el núcleo del objeto del Derecho Penal, es decir, los casos más graves. Es decir que su capacidad de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza la justificación del uso del Derecho Penal.

No obstante, al analizar los tres grandes modelos de política criminal se puede advertir que el planteamiento abolicionista ha influido grandemente en la reorganización de la respuesta estatal ante el delito. Si bien es cierto que el Derecho Penal no ha sido abolido, este modelo ha roto el paradigma de concepción del delito como una simple categoría jurídica a una naturaleza de conflicto social.

Consecuentemente, el abolicionismo ha influido en la reorganización de la respuesta estatal a tal extremo que se ha incorporado en las legislaciones modernas diversos mecanismos que le devuelven el conflicto a la víctima, que había sido olvidada en los otros dos modelos.



Sus planteamientos han influido nuestro modelo de política criminal, pues nuestra legislación también ha incorporado el planteamiento fundamental de que existen conflictos cuya solución debe buscarse mediante respuestas consensuadas entre los directamente involucrados en el conflicto: víctima y victimario.

1.4. Gestión política criminal del conflicto.

A. Elementos básicos de política criminal

La política criminal es el conjunto de mecanismos que utiliza el Estado para hacer frente o para dar respuesta al fenómeno criminal. En esta definición se utilizan varios términos que es necesario definir o aclarar.

Por parte aparece el poder penal. El poder penal es el poder del Estado de castigar, de restringir los derechos de los ciudadanos a través de medidas violentas. El Estado tiene muchas formas de responder a los conflictos sociales, de gestionar la conflictividad. Entre estas, el derecho penal es la más grave de todas ya que implica la posibilidad de privar de los derechos a los ciudadanos: ya sea los derechos patrimoniales, el derecho a la libertad e incluso, en nuestra legislación, puede privar del derecho a la vida.

El segundo término que aparece es el de fenómeno criminal. A lo largo de la historia, las diversas culturas han definido de distinta manera que se entiende por fenómeno criminal. Si analizamos un poco nuestra realidad observamos como conductas que antes eran lícitas ahora se encuentra prohibidas, como los delitos ecológicos o determinados delitos económicos; y otras que constituían delitos ahora son irrelevantes penalmente como el adulterio y el concubinato.

Vemos entonces la definición del fenómeno criminal es una definición relativa. El concepto de crimen se configura a partir de múltiples criterios y de un modo diferente en cada sociedad. Es necesario tener claro que es la política criminal la que decide llamar crímenes en sentido amplio a determinados conflictos sociales. Por ello siempre existirán



diferencias de criterio, tanto en sentido sincrónico entre una y otra sociedad, como en sentido diacrónico entre una y otra época².

Ahora bien, si la definición del fenómeno criminal es relativa, esto significa que existe un proceso de selección de aquellos conflictos que van a ser criminalizados o definidos como delitos.

Así el sistema penal puede orientar toda su energía a aquellos conflictos de gran trascendencia social, ya sea porque afecten bienes jurídicos fundamentales, como la vida, o la libertad en el caso de los secuestros o porque tienen graves repercusiones para la vida social, como las conductas contra el medio ambiente que pueden afectar la salud de toda una población.

Sin embargo, esto no ha sido siempre así, porque la definición del fenómeno criminal se realiza en un determinado contexto político donde confluyen distintos intereses y es el resultado de la lucha entre las distintas fuerzas políticas la que define que conductas van a ser definidas como delitos. Un ejemplo puede aclarar esta afirmación, las recientes reformas a los delitos tributarios reflejan los intereses de dos sectores, por una parte, el fisco que desea una recaudación mayor y por el otro los contribuyentes o más concretamente el sector económico que desea tributar menos.

Esto demuestra el carácter político de la definición de los delitos, así como su relatividad.

Así pues, la definición del fenómeno criminal es relativa y es selectiva, el Estado no utiliza o no reacciona con el poder penal en todos los conflictos, sino que selecciona aquellos que merecen la respuesta más dura.

² Crf. Alberto Binder. *Política Criminal, ...* Pág. 12.



Finalmente, con relación al fenómeno criminal es necesario mencionar que detrás de cada conducta que es definida por la ley como delito existe un conflicto, es decir, existe una contradicción entre dos o más personas que ha generado respuestas que por su gravedad son prohibidas por la ley bajo amenaza de pena. Un delito es un conflicto no atendido oportuna y efectivamente (esto significa que las respuestas generadas no lograron satisfacer los intereses de los involucrados y que en su evolución (espiral) generó una respuesta criminalizada.

El tercer término utilizado en la definición de política criminal, la respuesta al fenómeno criminal. La respuesta al fenómeno criminal como la propia definición del fenómeno criminal también es relativa. El Estado no siempre ha utilizado los mismos mecanismos para responder ante los delitos. Si analizamos las penas a través de la historia confirmamos que no siempre han sido las mismas ni tampoco han tenido la misma intensidad.

Por ejemplo, en el derecho penal guatemalteco se encuentran desterradas las penas corporales. Y en otras regiones como Europa, el tema de la pena de muerte ya ni siquiera se discute porque fue abolida hace varios años.

No obstante, es posible afirmar, que la respuesta más común al fenómeno criminal es la privación de libertad. Precisamente, se entienden como delitos aquellas conductas que el Estado sanciona con una pena, que regularmente es la cárcel. En otras palabras, la principal propuesta del Estado a los conflictos criminalizados es el castigo.

A través de la reforma al sistema procesal penal guatemalteco, el legislador previó que existieran otras respuestas a los conflictos criminalizados, que no involucran la pena, tales como la conciliación que persigue la reparación del daño causado y la satisfacción de los intereses de las partes frente al castigo.

Esta apertura a nuevas formas de responder al fenómeno criminal obedece al reconocimiento de que la persecución penal es una actividad estatal que involucra



grandes recursos del Estado y de la cual se espera un resultado concreto: la disminución de la violencia social en su conjunto, dar respuesta a las necesidades de tutela de la víctima y limitar la intervención del Estado sobre el ciudadano infractor. Como es de esperar la actividad penal se ve desbordada por una cantidad de conflictos, muchos de los cuales no conllevan la gravedad suficiente para ingresar al sistema. Por ello, la actuación del sistema penal tiene que optimizar sus recursos a través de un proceso de selección racional, que se oriente el sistema penal a los conflictos más graves.

De esta manera, la política criminal contemplada en nuestro ordenamiento procesal penal, parte de dos premisas: la primera, que el procedimiento procesal penal común está contemplado para los conflictos más graves, en los que políticamente no es viable una salida alterna pues pone en grave riesgo el efectivo preventivo del derecho penal, y la segunda: que invita a reparar el daño material o moral causado por el delito en los delitos leves, a manera de resolver el conflicto, a través de la conciliación o la mediación, abandonando la idea de que la única respuesta a una infracción penal es la cárcel.

B. Formulación y Configuración de la política criminal

La política criminal como fenómeno social se encuentra integrada por diversos momentos, Alberto Binder los define como la formulación y la configuración de la política criminal³:

Formulación: es el momento inicial, en que una decisión de política criminal se objetiva dando comienzo a un proceso social. Este momento está integrado fundamentalmente, por la elaboración de los distintos cuerpos normativos, la Constitución, el Código Penal, Procesal Penal, etc.

³ Alberto Binder. *Iniciación al proceso penal ...* Pág. 21. Crf. Heinz Zipf. *Introducción ...* Págs. 9 y

Fundamentalmente, son los legisladores los encargados de la Formulación de la política criminal, ellos son quienes determinan que conductas serán consideradas delito y cuáles son las penas a imponer. Pero puede ser que otros entes del sistema formulen también la política criminal, por ejemplo, el fiscal general, puede diseñar las líneas de política criminal que debe desarrollar el Ministerio Público, las cuales estarían en la etapa de formulación.

Configuración: es un segundo momento que se integra por lo que resulta en la realidad de la aplicación de estas decisiones iniciales, “porque las características distintivas de la decisión original se irán definiendo a través de este proceso y no sólo en aquella formulación inicial⁴.

La configuración de la política criminal se realiza a través de las decisiones y los actos de los funcionarios de justicia. Así, por ejemplo, cuando un juez de paz decide aplicar un criterio de oportunidad o concilia un conflicto está llevando esas grandes decisiones de la política criminal a casos concretos, en otras palabras, está configurando la política criminal.

De esta manera, al describir la política criminal de un determinado Estado en un momento histórico específico es necesario tomar en cuenta ambos momentos. Es posible que al analizar su formulación, las directrices que se encuentran en su Constitución sean bastante democráticas; es probable que la legislación procesal penal también responda a esta orientación.

Sin embargo, podría ser el caso que, al analizar la configuración de esta política criminal, es decir, cual es el resultado de la aplicación cotidiana de las normas procesales, el resultado este muy alejado de los fines propuestos por las normas.

⁴ Ibid.



1.5. Modelos de Política Criminal

En general, al hablar de un “modelo” se hace referencia a un diseño teórico que trata de representar en forma esquemática una realidad. En el caso de la Política Criminal, se han elaborado distintos modelos para explicar y analizar las distintas formas en que se manifiesta la política criminal, en cada época y en cada lugar.

Es necesario tener en cuenta que, los modelos de política criminal, como todo modelo, nunca coinciden exactamente con la realidad ya que se trata solamente de una “aproximación a lo observado”⁵. Así, por ejemplo, se puede afirmar que, en Guatemala, durante la década de los ochenta existió un “modelo de política criminal autoritario”, a pesar de que existían algunas normas que consagraban garantías, como el principio de legalidad. Sin embargo, al realizar un examen global de la forma como operaba el sistema penal, se puede establecer que las garantías estaban seriamente limitadas o no operaban en la práctica.

No obstante, esta diferencia entre modelo y realidad, éstos son sumamente útiles ya que brindan herramientas teóricas que facilitan el examen de la forma en que opera la política criminal.

Por otra parte, los modelos de política criminal además de ser necesarios para describir o analizar la forma en que opera la política criminal, puede construirse para diseñar el tipo de política criminal que aspiramos que exista, “un modelo ideal”, que sirva como referente para impulsar los cambios necesarios en la política criminal existente. En palabras de Binder, “un modelo de política criminal puede servir tanto para explicar la realidad, como para criticarla con referencia al modelo elaborado”⁶.

⁵ Crf. Mireille Delmas-Marty. *Modelos ...* Pág. 49.

⁶ Alberto Binder. *Iniciación al proceso penal ...* Pág. 16.



En el caso de Guatemala, al construir este modelo ideal de política criminal, es ineludible partir de la Constitución, porque esta establece los fines del Estado y del derecho. La Constitución es la norma que regula tanto la forma de producción de las leyes como su contenido y los fines que deben perseguir.

En este sentido la norma fundamental es clara al establecer en el artículo 1 que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona. Así, la Constitución concibe el Estado no como un fin, sino como un medio: como garantizador de los derechos de las personas; es decir que, la totalidad de la configuración del Estado y de la actividad de la administración ha de configurarse y aplicarse desde este sentido. “Con ello al Estado le está asignada, con relación a la persona, no una misión de dominio, sino de servicio; también toda la autoridad del Estado sobre la persona ha de estar por ello fundamentada y justificada en el servicio a la persona”⁷.

De aquí resulta un concepto instrumental de Estado, este ya no se presenta “como un portado de un contenido trascendente, sino como una forma de organización”⁸ con un sentido específico, proteger a los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

La política criminal no se puede apartar de este sentido, y el modelo ideal debe también tener como fin la protección de la persona, fundamentalmente, a través de dos mecanismos: a través de la prohibición de determinadas conductas con amenaza de pena, porque de esta manera las personas se abstienen de realizar ciertos comportamientos que lesionan bienes jurídicos fundamentales; y a través de las penas, porque el Estado al ejercer con exclusividad la reacción frente al delito previene la venganza individual o colectiva, protegiendo al mismo inculpado de reacciones informales, arbitrarias, injustas o desproporcionadas.

⁷ Werner Maihofer. *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968. Pág. 44

⁸ Werner Maihofer. *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968. Pág. 44



Es así como la Constitución establece los fines que debe perseguir la política criminal: la prevención del delito y prevención de la venganza, así como los límites que restringen su utilización: las garantías penales y procesales.

Desde este modelo de Política Criminal, es posible examinar el funcionamiento real del sistema de administración de justicia y establecer hasta donde cumple los fines propuestos por el texto constitucional, y hasta donde respeta las garantías.

Este examen es fundamental para poder realizar propuestas que acerquen cada vez más la realidad al modelo Constitucional.

Algunos de los principios que conforman un modelo de política criminal democrática son los siguientes:

La transparencia en el ejercicio del poder penal, esto es la proscripción y lucha contra el sistema penal oculto.

- a) La restricción del uso del poder penal a los casos verdaderamente graves.
- b) El irrestricto respeto al principio de legalidad, es decir, que no se pueden castigar las conductas que no estén calificadas como delito por ley anterior a su realización.
- c) La limitación del derecho penal a las conductas lesivas de bienes jurídicos: nadie puede ser perseguido por sus formas de ser o de pensar.
- d) El reconocimiento de los principios de juicio previo y presunción de inocencia.
- e) El trato humanitario a los presos.

Los principios enunciados, aunque no son los únicos, sí son fundamentales para la construcción de esa Política Criminal Democrática y en ese sentido constituyen aportes conceptuales que orientan la utilización de los métodos alternativos en el ámbito penal.



El abandono o la vulneración de alguno de estos principios significa el deslizamiento hacia un modelo de política criminal autoritaria. Así la falta de transparencia en el ejercicio del poder penal y la existencia de un sistema penal oculto son una de las máximas expresiones de un modelo de política criminal autoritaria.

De la misma manera, si el Estado no restringe el uso del poder penal a los casos verdaderamente graves y sanciona como delitos conductas de escasa relevancia social o persigue hechos que pueden resolverse de mejor manera a través respuestas no penales, estamos frente a un modelo de política criminal autoritaria. En este punto adquieren especial relevancia los métodos alternativos de resolución de conflictos que en muchas ocasiones brindan una respuesta más efectiva y permiten que los recursos humanos y materiales del sistema de administración de justicia se orienten hacia aquellos de mayor gravedad.

Otra expresión de un modelo de política criminal autoritaria es cuando la persecución delictiva se orienta de acuerdo con las características de las personas, tatuajes, extracción social, formas de vestir, conductas sexuales, opción política o religiosa etc. (Derecho penal de autor) en lugar de ocuparse de hechos externos que lesionen bienes jurídicos de trascendencia social: la vida, la integridad física, la libertad, el medio ambiente, etc. (Derecho penal del hecho). Un ejemplo, en nuestra legislación son los estados peligrosos establecidos en la legislación como base para la aplicación de medidas de seguridad y en la práctica policial la persecución de jóvenes por tener tatuajes.

Finalmente, el sistema inquisitivo, donde se vulnera el derecho a un juicio previo y el principio acusatorio es otra manifestación de un modelo de política criminal autoritaria. Con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal en 1994, el modelo normativo optó por un modelo de política criminal respetuoso de los principios constitucionales que definen el debido proceso. Sin embargo, la utilización excesiva y arbitraria de la prisión preventiva son prácticas que aún persisten como reflejo de la inercia cultural autoritaria que impera en algunos sectores del sistema de administración de justicia.

Existen distintos niveles para poder determinar si en un país y en una época determinada el sistema penal responde a un modelo de política criminal democrática o a un modelo de política criminal autoritaria. Un nivel está compuesto por la legislación, así es necesario examinar si la Constitución y las leyes ordinarias recogen los principios enunciados. En este punto estamos ante la formulación de la política criminal. El otro nivel se integra por el funcionamiento cotidiano del sistema de administración de justicia: cómo actúan los funcionarios de justicia frente a los casos concretos.

Aun contando con una Constitución desarrollada en materia de derechos individuales y un sistema normativo que materialice estos principios, las practicas cotidianas de los funcionarios del sistema de administración de justicia pueden, por diversas causas, apartarse sustancialmente, del modelo normativo estipulado.

1.6. Política Criminal y Gestión de la violencia y criminalidad

La violencia, entendida como el uso intencional de la fuerza o el poder para causar daño, provocando deterioros significativos en el entramado social, es un fenómeno multicausal, asociado a una serie de variables, vinculadas con las estructuras económicas y políticas, que incluyen por supuesto la inequidad social, la falta de oportunidades en materia de educación, salud, vivienda, trabajo, recreación, discriminación, entre otras, para grandes sectores de la población, principalmente los grupos en condiciones de vulnerabilidad, entre ellos los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Atendiendo a esos factores tan variados que inciden en su desarrollo y reconociendo que las más exitosas experiencias en la materia son las que propician una intervención integral, es indispensable abordar de manera teórica el conflicto, y el modelo restaurativo para el tratamiento de estos conflictos cuando son cometidos por Adolescentes.



1.6.1. El conflicto como un hecho inherente a la vida social

Los conflictos son contradicciones, intereses que se contraponen, deseos que no se cumplen, expectativas que no se completan, fuerzas contrarias. Es posible definir al conflicto como “la contradicción existente entre dos o más personas propiciada por factores del contexto, que impulsa a los involucrados a dar respuestas que favorezcan la satisfacción de sus intereses, en un espacio y tiempo que les son comunes”.

En oportunidades se asocia delito con conflicto. Sin embargo, el conflicto es un fenómeno más amplio que el delito, el cual es esencialmente una acción prohibida. Como se señaló, todos los delitos tienen tras de sí un conflicto, pero no todos los conflictos se constituyen en un delito. Por ejemplo, el robo de un carro es un delito, porque es una conducta prohibida por la ley bajo amenaza de pena; y es a la vez un conflicto entre dos personas, una que quiere usar un carro y que tiene una tarjeta que lo ampara como propietario y otra que no tiene y quiere usar el mismo carro.

La sociología tradicional tenía una visión negativa del conflicto, la cual aún se comparte por la mayoría de la población. El conflicto se vincula a lo negativo, al desorden, a la violencia, a la negación, es algo que funciona mal.

Fue el sociólogo Darendorf⁹ quien, en los años 60, en el artículo “más allá de la utopía” afirma que la sociología ha quedado atrapada por la idea de la utopía, por la idea de la bondad de una sociedad sin conflicto. Y una sociedad sin conflicto es una sociedad muerta, una sociedad que ya no puede avanzar más.

Al reflexionar un poco sobre la historia se hace evidente el peso de estas afirmaciones, si no hubiera conflictos, viviríamos en una sociedad en donde las personas se pueden comprar y vender, en donde las mujeres no tendrían derecho a voto, en donde es legítimo

⁹ Ralph Darendor. "la sociología mas alla de la utopia".



torturar. Se trataría de una sociedad que no puede evolucionar, donde las generaciones futuras tendrían que aceptar incuestionablemente los valores de sus abuelos.

De esta manera, es posible afirmar que el conflicto es algo inherente a toda convivencia y orden sociales. Es algo natural y forma parte de nuestra condición humana. El manejo efectivo y sin violencia del conflicto, puede ser considerado un factor de desarrollo.

1.6.2. La necesaria gestión de la conflictividad

Ahora bien, si se acepta que el conflicto es connatural a toda la vida social y que en sí mismo no posee una valoración negativa o positiva, es necesario plantearse si un sistema político puede ignorar los conflictos sociales.

Para responder a esta pregunta, el primer elemento a considerar es que si se permite que el conflicto se guíe por su propia dinámica el resultado es que siempre se impondrá el más fuerte. En este caso, el conflicto no se resuelve o se termina, al contrario, se crea un nuevo conflicto de mayor gravedad.

De esta manera, si el sistema político desatiende los conflictos sociales genera dos fenómenos: uno que el más fuerte se imponga, lo que constituye un abuso de poder; y otro, que los conflictos se aumenten o se vuelvan más intensos o se utilice la violencia, lo que genera exclusión. Cuanto menor es la capacidad de intervenir del sector político en esta conflictividad, cuanto más la dejamos librada a su propia fuerza, lo que se produce es abuso de poder y exclusión.

Frente a esta situación el Estado puede asumir dos posiciones o interviene, a través de las políticas públicas de “gestión de la conflictividad” o la deja abandonada a su propia dinámica.

En el segundo de los casos no existe una ausencia de política criminal, por el contrario “el no hacer” es una de las políticas más violentas que hay. Esta política de “no hacer”



se ha utilizado en Guatemala, por ejemplo, en las cárceles: el Estado permitió que algunos reclusos tuvieran el control de los centros, lo cual suponía que los conflictos se resolvieran a través de la violencia y el abuso de poder.

1.7. Dos paradigmas: el orden y la gestión de la conflictividad

De acuerdo con lo analizado, es evidente la necesidad de intervención del Estado para la gestión de la conflictividad. Esta gestión se puede realizar partiendo de dos paradigmas: un paradigma de orden y otro que es el paradigma de la gestión de la conflictividad.

El paradigma del orden parte de la idea antes expuesta que la conflictividad es mala, por lo tanto, la sociedad va a funcionar bien si esta ordenada, si cada elemento de la sociedad ocupa el lugar que le corresponde en una gran maquinaria de cooperación social. Como si fuera una biblioteca en donde cada libro tiene su lugar, sin tomar en consideración que a algunos libros pueden no estar conformes con el lugar que se les asignó.

Asimismo, el paradigma del orden supone que una persona o grupo de personas saben cuál es el orden necesario para la sociedad y pueden imponerlo. Se trata de una construcción unilateral y no de una construcción colectiva de sociedad.

El paradigma de la gestión de la conflictividad parte de un presupuesto distinto: la conflictividad puede ser buena o mala y el Estado lo que debe hacer es generar cauces, mecanismos, reglas, formas de gestión para que los propios conflictos generen nuevas formas de desarrollo sin caer en el abuso de poder, en la violencia o en la exclusión.

Uno de los problemas que hay es que la democracia ha creído que el problema solo es un problema acerca de la legitimidad de quienes imponen el orden, si el orden lo impone un dictador decimos que es autoritario, si es impuesto por dirigentes elegidos por la mayoría decimos ese orden es legítimo, pero eso no es así, la idea es salirse del paradigma del orden porque la democracia no es un orden bueno frente a un orden malo, no está solamente en el plano valorativo, sino que la democracia es justamente aquel



sistema que organiza la conflictividad de la sociedad de tal manera tendiendo a que los efectos negativos del conflicto queden afuera y puedan aparecer los positivos del conflicto, por eso la democracia es más abierta y parece más desordenada y debe ser más desordenada en ese sentido, lo que pasa es que en determinado momento histórico no cumpla esa función pero apuesta a ir corrigiéndolo, siempre que va estableciendo reglas, formas, instrumentos de intervención que encausan, gestionan esta conflictividad pero no tienen la pretensión de ponerlo como una biblioteca.

Evitar la Violencia y exclusión son dos objetivos centrales de la Política de Gestión de la conflictividad (PGC) no basado en la idea del orden, porque la idea del orden tiene dos presupuestos que son inadmisibles en el sistema democrático, uno es que el paradigma del orden tiene el presupuesto de que toda conflictividad es mala y presupone que hay alguien que tiene la clave acerca de cuál es el orden bueno.

Los presupuestos del paradigma del orden: Uno ahoga las funciones positivas de la conflictividad, presupone que hay que acabar con el conflicto, cosa que no solo es imposible, sino que ahoga la función positiva del conflicto, porque hay conflicto bueno y la segunda es que presupone que alguien tiene una idea clara de cuál es el mejor orden para la sociedad, que el socialismo, otro dirá que el liberalismo, otro el feudalismo, otro el fascismo, no importa, esto es adhesión valorativa.

El paradigma de la gestión de la conflictividad parte de la idea de que la conflictividad puede ser buena o mala, dice la conflictividad puede ser buena por lo tanto toda política que yo haga tiene que ser una política lo suficientemente abierta como para tratar de minimizar los efectos negativos de la conflictividad y maximizar los efectos positivos y en segundo lugar presupone que no hay un orden que construir, sino que de lo que se trata es de evitar, de modificar la dinámica propia de conflicto que va llegar a la forma de abuso de poder es decir a la violencia o a la exclusión, tiene que ser sistemas inclusivos y que busquen la pacificación, que orden resulte eso es otra cosa porque nunca va a haber un orden, siempre va a haber alguien que está criticando a la sociedad.



Un sistema democrático tiene políticas de gestión de la conflictividad de orden democrático cuando no funda esas políticas en un paradigma del orden, sino en la gestión misma y las reglas de encauzamiento de la gestión de la conflictividad que tiene que ver con evitar la violencia y evitar la exclusión, por lo tanto, las políticas de seguridad del estado deben ser políticas que permitan gestionar la conflictividad, evitando la violencia y evitando la exclusión.

1.8. Políticas Públicas y gestión de la conflictividad

Todo sistema político tiene cuatro políticas básicas, una es la política económica, la política educativa, la política de salud y la política de gestión de la conflictividad. Todas estas políticas se relacionan y sostienen una influencia recíproca, pero es necesario diferenciarlas a partir de sus objetivos.

La Política de Gestión de la conflictividad (PGC) tiene como objetivo que una sociedad democrática pueda manejar, gestionar, hacerse cargo de esa conflictividad evitando la violencia, el abuso de poder, de esa manera va reduciendo los elementos negativos de esa conflictividad. El objetivo de las otras políticas no es este, el objetivo de la política económica es producir y distribuir la riqueza, de la educativa es realizar una cultura, educar, el de la salud es estar en un ambiente sano.

Por ejemplo, la construcción de una carretera puede disminuir la conflictividad en una zona, pero no ha sido construida con ese objetivo, sino con el propósito de mejorar la distribución de mercaderías y reactivar la economía en una zona.

Por otra parte, no hay que suponer que si existen buenas políticas educativas, económicas o de salud, la política de gestión de la conflictividad es innecesaria, porque mientras más cambios se intentan hacer, por ejemplo para lograr un orden más justo, más conflictos se generan.



Dentro de las políticas de gestión de la conflictividad se encuentran la política de seguridad y la política criminal. Estas pueden actuar frente a los conflictos de distintas maneras: pueden prevenirlos, disuadirlos, intervenirlos y transformarlos.

Las políticas preventivas tienen como propósito evitar que algún conflicto aparezca o que alguna manifestación de este se manifieste. Por ejemplo, una campaña de prevención sobre el uso de plomo en las gasolinas para evitar los delitos ambientales es una política preventiva, al igual que las campañas de despistolización.

El control de velocidad de los vehículos en la carretera es una política preventiva. Toda política preventiva tiene relaciones difusas con las políticas de fondo y esto es muy importante para distinguir y poder pensar en términos específicos, por otra parte, toda política preventiva necesita una muy clara identificación del problema que quiere prevenir, buena parte de las dificultades que tienen los programas de prevención es que no tienen claros los problemas que quieren evitar.

En general las políticas vinculadas al lavado de dinero son preventivas, uno es establecer un mecanismo de control de flujo de capitales, dos establecer un mecanismo de vigilancia sobre los flujos sospechosos de capitales, se trata de evitar el conflicto de flujo de capitales de origen espurio a los capitales lícitos, esa es una política preventiva.

Junto a las políticas preventivas se encuentran las políticas disuasivas. Es importante la diferencia entre prevenir y disuadir, en prevenir de alguna manera estamos tratando de provocar que el conflicto no aparezca o que una manifestación de ese conflicto no aparezca, pero no por temor, no por contención, sino removiendo el hecho desencadenante de esa manifestación o de ese conflicto.

Cuando hablamos de disuadir no actuamos sobre las causas o sobre los hechos desencadenantes en el conflicto, sino que generamos condiciones para que el conflicto no aparezca, porque ese conflicto no aparece en tanto el estado no está haciendo esa



acción concreta, esto es lo que diferencia, por ejemplo, las políticas de patrullaje ~~son~~ políticas disuasivas.

Es distinto que este disuadiendo porque ese conflicto o esa manifestación de conflicto no va a aparecer mientras yo mantenga la acción disuasiva, saco la acción disuasiva y el conflicto desaparece, en la acción preventiva yo busco que la causa del conflicto desaparezca, por lo tanto, incluso cuando la acción preventiva ha dejado de ejercerse el conflicto no se desarrolla.

Muy distinto el efecto que producen las acciones disuasivas de las preventivas, una acción disuasiva lo que hace es que cambia el eje del conflicto, si yo tengo una enemistad yo sé que cuando jueguen Municipal y Comunicaciones se van a golpear; una acción disuasiva sería mantenerlas separadas, una acción preventiva sería trabajar para demostrar que el deporte no es una guerra, generar vínculos de amistad, darse cuenta que tienen un cometido común, evitar que los dirigentes azucen, eso es acción preventiva, pero si yo pongo a la policía a que las mantenga separadas eso es disuasivo porque cuando la policía se vaya seguramente se volverán a pelear.

Una acción disuasiva podría ser un registro respecto a las pandillas o maras; una acción preventiva podría ser que el estado los contratara para que sean agentes ecológicos o para que pinten la ciudad.

En síntesis, a diferencia entre estas medidas es que: en la medida disuasiva el efecto no se produce en tanto el Estado mantenga la medida; en la medida preventiva la acción del Estado remueve el hecho desencadenante o remueve la causa.

El derecho penal tiene a ser disuasivo más que preventivo, porque los individuos se abstienen de cometer delitos porque tienen temor a la pena. Si el delito se deroga las personas probablemente lo cometan.



En tercer lugar, una forma de enfrentar los conflictos es a través de la intervención o resolución. Se trata de encontrar mecanismos que busquen satisfacer los intereses de las partes y alcancen una reparación efectiva. Tales como la negociación, la mediación y la conciliación.

No es que el conflicto persiste porque la tolerancia genera una modificación en el conflicto, por ejemplo dos vecinos que se molestan mutuamente uno porque escucha la música muy alta y otro porque se levanta muy temprano y empieza a jugar con el perro a las seis de la mañana, esto es un conflicto pero dicen bueno yo escucho la música muy alto y él puede jugar con el perro cuando quiera y se toleran mutuamente, el conflicto existe pero ha cambiado su estructura, lo que hay que ver es que esta tolerancia no se convierta en sometimiento porque si se convierte en sometimiento el estado no está modificando la dinámica del conflicto sino que la está dejando viva, la está dejando al más fuerte y consolidando al más fuerte.

Por último, se encuentra la redefinición o transformación de los conflictos. Un conflicto que era intolerable se convierte en otro más tolerable. Por ejemplo, la imposición de la pena siempre es una redefinición del conflicto. La sentencia debe redefinir el conflicto en menores términos de violencia. Sin embargo, es necesario tener claro que en este caso el conflicto no se resolvió y continua latente.

1.9. El conflicto

La concepción que podamos tener del conflicto está fuertemente incidida por la experiencia que hayamos tenido socialmente para enfrentarlo o tratarlo.

Así, es común que asociemos al conflicto con una naturaleza negativa. Muy raras veces suele encontrarse a alguien que le otorgue al conflicto una naturaleza positiva; aun cuando muchos hayamos obtenido beneficios de una situación conflictiva.



Suele definirse y asociarse al conflicto con aspectos eminentemente negativos tales como: problema, pleito y/o pelea; y muy raras veces lo concebimos bajo una concepción neutral.

Podemos, desde un punto de vista neutral, entender el conflicto como algo inherente a toda convivencia y orden social. Es algo natural y forma parte de nuestra convivencia humana.

Podemos incluso, desde un punto de vista positivo, concebir el conflicto como una oportunidad de crecer o una oportunidad de desarrollo social; pues sin la existencia de conflictos no habría cambios.

Desde el punto de vista de la teoría de la conflictividad podemos definir el conflicto como “la contradicción de intereses entre dos o más personas, o grupo de personas, generado por los factores contextuales y las respuestas producidas por las personas, en un tiempo y lugar determinados.

En resumen, podemos concluir que en realidad la paz social y el desarrollo no se determina por la ausencia de conflictos sino por la capacidad de respuesta frente al mismo, es decir, por la forma de cómo podemos resolverlos adecuadamente.

No podemos evitar la conflictividad social, pero sí podemos generar procedimientos para atenderlos, transformarlos y/o resolverlos adecuadamente.

Por qué es importante el análisis del conflicto:

Es un paso fundamental que permite hacer un diagnóstico del conflicto y un análisis estratégico del mismo, proporcionándonos la información necesaria para generar la respuesta más apropiada al caso concreto.

En el caso del Ministerio Público, el análisis técnico de los conflictos criminalizados es fundamental para determinar si es posible la utilización de un método alternativo de resolución de conflictos, como la negociación o la mediación, o en todo caso, si lo procedente es llevar a cabo el procedimiento penal común.

Existen varias herramientas de análisis del conflicto, a continuación, se detallan algunas que considero prácticas.

Mapa del Conflicto:

Esta técnica sugiere analizar al conflicto con base en lo que considera sus cuatro elementos fundamentales.

Contexto:

El contexto se refiere a todas las circunstancias que rodean al conflicto y que propicia o determina el surgimiento del conflicto y su desarrollo.

Los factores del contexto pueden ser analizados tanto de manera general como de manera específica. Son factores generales aquellas circunstancias que no son propias de las personas que se ven involucradas en el conflicto, sino que son situaciones de la realidad social que pueden determinar el surgimiento o desarrollo de un conflicto criminalizado. Podemos citar como ejemplo aquellas realidades sociales que pueden incidir en el surgimiento de un conflicto criminalizado; verbigracia la falta de acceso a la educación, la falta de acceso a las fuentes de trabajo, la falta de espacios para la recreación, etc.

Debe tenerse siempre presente que, dependiendo de los factores generales de la realidad social, así será la tipología de conflictos que se produzcan y por ende influirá en la tipología de delitos que se cometen y que el sistema penal capta.



Asimismo, es de importancia reconocer los factores específicos, es decir aquellas situaciones de la realidad que pertenecen a los directamente involucrados en el conflicto. Por ejemplo, podemos citar como factores del contexto específicos las situaciones personales de cada uno de los involucrados, las relaciones interpersonales entre ambos (amistad, enemistad y/o parentesco), la situación económica de los involucrados, etc.

Contradicciones:

Ningún conflicto en la realidad social se produce o desarrolla por que sí; en todo conflicto interpersonal existe una aspiración o un interés de cada uno de los intervinientes.

Las contradicciones son precisamente esos intereses que hacen a las partes del conflicto estar en relación dialéctica una con la otra.

Lo interesante de este elemento en esta herramienta de análisis del conflicto es que se orienta a quien va a intervenir en el conflicto a que detecte y dirija a las partes a negociar una solución al mismo con base a la satisfacción de los intereses que ha generado el conflicto.

Es frecuente que las personas negociemos con base en posiciones y no con base en intereses. La herramienta del mapa del conflicto exige que el analista del conflicto interrogue e investigue sobre los verdaderos intereses que pueden tener ambas partes una vez se ha producido un conflicto.

En el ámbito de la conflictividad criminalizada es más claro el comentario anterior pues una vez se ha producido un delito, se ha generado la manifestación de un conflicto. El conflicto se ha generado con la comisión del delito; y muchas veces una de las partes (la víctima) genera una posición de venganza pública. Se genera muchas veces el sentimiento de que esta persona debe ser condenada y no hay otra cosa más que negociar. Sin embargo, este no es un interés de la víctima sino su posición respecto a cómo cree que debe resolverse el conflicto.



Desde los planteamientos criminológicos clásicos hasta algunos planteamientos victimológicos modernos se ha confundido el sentimiento de venganza, o sea el sentimiento de ver condenado al autor de un delito, como un interés de la víctima.

Ello obliga a delimitar el interés a aquellas necesidades reales que genera la existencia del conflicto para el restablecimiento de la paz social y no dejarlo tan amplio para creer que cualquier deseo o sentimiento de las partes en el conflicto constituyen lo que técnicamente se conoce como “intereses”.

La teoría del conflicto nos diferencia entre los intereses y las posiciones; entendiéndose como “intereses” las necesidades generadas por la existencia del conflicto para el restablecimiento de la paz social y, entendiéndose como “posiciones” aquellos planteamientos que sin tener un fundamento racional persiguen hacer sentir a una de las partes vencedoras sobre la otra.

Respuesta:

La respuesta de las personas al conflicto es el tercer elemento del conflicto que debe analizarse para determinar la intervención en él. La respuesta consiste en la primera actitud que asumimos frente al conflicto. Esta actitud depende en gran medida de la capacidad personal de cada individuo de enfrentar los problemas. En el caso de los conflictos criminalizados por el Estado, se deduce que la respuesta ha sido violenta y ha afectado a terceras personas en sus derechos fundamentales, por lo que resulta necesario la intervención estatal.

Es de vital importancia para el correcto diagnóstico del conflicto, separar las respuestas que han acrecentado el conflicto pues de lo contrario será muy difícil poder determinar cuál es la verdadera contradicción o interés en juego y lo más probable sea que las partes se centren en posiciones debido a las respuestas que la otra parte ha generado en el desarrollo del conflicto. Por ejemplo, en los delitos de amenazas, existe una contradicción



de intereses entre las partes, sin embargo, las respuestas que se generan por las partes por lo general acrecientan el problema y las partes suelen discutir en lo que se ha producido por cada una de ellas en el desarrollo del conflicto y no en los intereses en conflicto que lo generaron.

Efectos: Es el producto de la respuesta utilizada para tratar un conflicto. Obviamente depende de la respuesta y es necesario estar conscientes de cada uno de ellos produce efectos diferentes. Los efectos pueden ser positivos o negativos dependiendo de las respuestas que las partes hayan asumido. Por ejemplo, en delitos imprudentes de lesiones es muy frecuente que una de las actitudes del agresor incida en la generación de confianza entre las partes para obtener una reparación, o por el contrario, si la respuesta del agresor en el momento ha sido negativa es probable que se haya generado una desconfianza de la víctima sobre la responsabilidad y voluntad del agresor en reparar el daño, situaciones que deben ser previstas por el mediador o conciliador. Otra herramienta útil para analizar el conflicto lo constituye el hecho de poder detectar los elementos que intervienen en el mismo, así tenemos que intervienen.

Personas: Es necesario identificar a todas las partes involucradas en el conflicto. Tanto las directamente involucradas como aquellas que pueden incidir en los actores

Proceso: se refiere a un análisis de todo el desarrollo del conflicto desde su inicio hasta la situación actual; es decir, el historial del conflicto. Aquí se deben tomar en cuenta lo referente al contexto, las respuestas y los efectos.

Problema: Se refiere, tal como lo apuntamos en la herramienta anterior, al núcleo del conflicto, es decir a los intereses y necesidades en juego de cada una de las partes.



CAPITULO II

2. Justicia restaurativa

Muchos autores han estudiado y definido la justicia restaurativa. Dada la perspectiva internacional de esta tesis, se tomará como base la definición aportada por las Naciones Unidas¹⁰ en la que se define desde una perspectiva amplia la justicia restaurativa como: «Una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad».

La justicia restaurativa parte de una concepción distinta y más amplia de la infracción, puesto que ésta no se percibe como una simple transgresión de las leyes, sino que reconoce que los infractores dañan a las víctimas, a la comunidad e incluso a ellos mismos.

Considera que la sociedad está formada por la conjunción de intereses individuales, formando entre ellos el llamado tejido social. Por ello, una infracción corresponde al alejamiento de los intereses individuales, o a una rotura del orden o tejido social.

La justicia restaurativa tiene por objetivo el acercamiento de los intereses divergentes de las partes: víctima, infractor y comunidad. Se trata de un proceso en el que los intereses de las víctimas cuentan, en el que pueden participar y ser tratadas de manera justa y respetuosa, y recibir restauración por el daño sufrido. Al participar en la toma de decisiones, las víctimas tienen voz para determinar cuál puede ser un resultado aceptable para el proceso y para encaminarlo hacia un cierre.

¹⁰ UNODC, 2006. Manual sobre Programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal.



En cuanto al adolescente infractor, éste tiene que asumir su responsabilidad y hacer frente a las consecuencias causadas para reparar el daño a la víctima y lograr su reintegración en la sociedad. En lo referente a la comunidad, hay que recordar que la infracción no causa un daño únicamente a la víctima, sino también al orden social de la comunidad, creando inseguridad y generando odio.

La justicia restaurativa velará por la restauración del orden social y por la recuperación de la confianza en sus individuos. La comunidad deberá, por un lado, ofrecer su soporte a la víctima según las necesidades que ésta presente, asegurándose que recibe el soporte que necesita. Por otro lado, también tiene la obligación de dar soporte al infractor, según las necesidades que presente, asegurando su buena reintegración social.

Numerosas investigaciones destacan los resultados alentadores que se obtienen con el uso de prácticas restaurativas para los infractores, las víctimas y la comunidad¹¹. Además, varios estudios han demostrado los beneficios de la justicia restaurativa en términos económicos, lo cual puede ser un argumento convincente desde un punto de vista político criminal. Los elementos fundamentales de la justicia restaurativa están presentes en los principales instrumentos del marco normativo jurídico internacional relativos a los derechos de los niños adolescentes y de la justicia¹².

¹¹ Ver por ejemplo los estudios de Dünkel et al., 2015, p. 1021, Sherman & Strang (2007), Shapland (2007), Dumescu et al., (2013)

¹² Convención sobre los Derechos del Niño. Observación General No 10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Organización de las Naciones Unidas (ONU), (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, Reglas de Tokio (1990) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas de la Habana (1990) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Recomendación No R (87) 20 del Comité De Ministros del Consejo de Europa sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Recomendación del Consejo de Europa sobre los nuevos modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de los menores, adoptada por el Comité de Ministros el día 24 de septiembre de 2003. Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa (2009).



Veamos ahora la evolución que el concepto de justicia restaurativa ha experimentado en los países iberoamericanos hacia el concepto de enfoque de justicia restaurativo. A pesar de los intentos realizados para consensuar la noción de enfoque restaurativo de la justicia juvenil, éste sigue rodeado por un universo de dispersión conceptual, quizás inherente a su propia lógica alejada de todo dogmatismo y apegada a la realidad de las diferentes sociedades y culturas.

Pero quizás, es importante definir de antemano lo que no se entiende por enfoque restaurativo, tal y como enuncia el profesor Atilio Álvarez, defensor de niños, adolescentes e incapacitados en Argentina. Cuando hablamos de enfoque restaurativo de la justicia juvenil, no hablamos de abolicionismo penal, proteccionismo tutelar o justicia blanda. No nos referimos a una justicia de “las pequeñas cosas” y, mucho menos, de impunidad o ingenuidad penal. Tampoco hablamos de una justicia falta de garantías. No entendemos este enfoque como una teoría jurídica o social de propiedad o exclusividad intelectual de nadie. Por lo tanto, reitero lo anteriormente expuesto, el enfoque restaurativo no es un dogma.

Por el contrario, se entiende que al hablar de enfoque restaurativo nada nuevo se está expresando porque este enfoque ya existe e impregna nuestras leyes, normas y tratados internacionales. Más bien, desde este enfoque pretendemos recuperar y hacer más fuertes los principios y valores que ya forman parte de los corpus normativos en los países iberoamericanos, así como de las normas y tratados internacionales.

La justicia con enfoque restaurativo puede entenderse como una mirada diferente de la justicia juvenil.

Mirada que aborda de manera integral y respetuosa al adolescente o joven infractor, a las víctimas directas o indirectas y a la comunidad.

Que propone una nueva visión humanista sobre el rol de las propias instituciones que forman parte del sistema de justicia y de sus operadores.



Que visibiliza al adolescente haciéndolo sujeto de derecho y de garantías.

Que hace del proceso penal un proceso fundamentalmente educativo y pedagógico que permita llegar a la responsabilización.

Que entiende la responsabilidad no solo en términos jurídico-penales, sino también como un proceso de crecimiento personal que permite comprender a los adolescentes y jóvenes las consecuencias de sus actos, y que promueve la empatía con aquellas víctimas que se hubieran visto afectadas por sus hechos.

Que la víctima es entendida como sujeto de derechos y de garantías y es una parte clave para la resolución del conflicto.

Que sus intereses legítimos y sus necesidades van a ser atendidas, y que de igual modo va a evitar el estigma y la revictimización.

Que desde este enfoque se va a tomar muy en cuenta la participación de la comunidad, de sus recursos institucionales, sociales e individuales.

Que estos recursos son puestos a disposición de la resolución pacífica y efectiva del conflicto derivado de la acción delictiva, pero que se hará uso de ellos de una manera articulada y coordinada.

Por último, que el enfoque restaurativo propone y propondrá siempre la reparación y la paz social, como objetivo principal frente al concepto de retribución.

El enfoque restaurativo supone una visión diferente del derecho penal tradicional e incorpora con fuerza principios o derechos que hay que tener en cuenta y que se convierten en principios de actuación: principio del interés superior del niño y del adolescente, principio de oportunidad, principio de intervención mínima, principio de



flexibilidad, principio de no discriminación, principio de excepcionalidad de la privación de libertad, principio de especialización, principio acusatorio, principio de subsidiariedad, principio de legalidad, principio de participación social, principio de celeridad, derecho del menor a ser escuchado, presunción de inocencia, derecho a la asistencia legal y juicio imparcial.

Más allá de estos principios, el enfoque restaurativo recupera los valores educativos y pedagógicos de toda la acción penal: el valor de la participación social y comunitaria, el valor de la responsabilidad y el valor de la reparación. Además, es muy importante resaltar que este enfoque solo se convierte en real cuando se cumplen eficientemente los objetivos del proceso penal y de la ejecución de las medidas.

Es por ello que en todos los debates, encuentros y declaraciones que culminan en la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, se presta un interés particular en la necesidad de perfeccionar los procesos a través de normas, procedimientos y técnicas de intervención que lleven a un camino de éxito en el cumplimiento efectivo de estas medidas.

A nivel práctico los principios y valores del enfoque restaurativo se traducen en la acción cotidiana de los distintos operadores, funcionarios y profesionales que intervienen en todas las fases del proceso penal, promoviendo, en la medida de lo posible, las medidas alternativas al proceso penal de adolescentes.

Es decir, fomentando que algunos conflictos de pequeña o menor entidad y naturaleza penal puedan ser resueltos sin la intervención del sistema de justicia y sin la apertura de un proceso penal. En otras palabras, los operadores del sistema promueven la mayor y mejor aplicación de figuras como la remisión, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación o la reparación a través de prácticas restaurativas (como la mediación y conciliación las cuales se desarrollan en los capítulos siguientes).



Este enfoque se traduce también en la utilización efectiva de medidas alternativas a la privación de libertad con carácter normalizado general, siempre y cuando la gravedad o naturaleza del delito amerite un proceso penal pero no se considere estrictamente necesaria la privación de libertad, ni preventiva o cautelar, ni definitiva

El enfoque restaurativo no excluye la privación de libertad como una posibilidad o herramienta en la respuesta penal a ciertos delitos o infracciones de gravedad. Se entiende que debe ser utilizada como una medida excepcional, de último recurso y durante el menor tiempo posible. Se entiende que la privación de libertad no ha de suponer el aislamiento social, sino todo lo contrario: ha de contar con la participación social y comunitaria y ha de tener una orientación exclusivamente educativa y pedagógica.

Su correcta ejecución pasa por considerar la clasificación, la separación, el tratamiento individualizado y la preparación para la libertad, como elementos irrenunciables que refuercen los vínculos familiares y sociales, así como el respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad. Todo basado en conocimientos científicos y empíricos.

El término justicia juvenil con enfoque restaurativo viene utilizándose desde hace años en el contexto iberoamericano. Su desarrollo conceptual y práctico, así como la adhesión, implicación y compromiso de los distintos países e instituciones y sus postulados, ha ido ganando importancia en los diferentes foros especializados, discusiones y reflexiones de profesionales y responsables públicos en los países de la comunidad iberoamericana.

Este término se debatió y enunció por primera vez en noviembre de 2008 en Tegucigalpa durante el Primer Foro Regional de Justicia Penal Juvenil, donde se abordó un tratamiento distinto de adolescentes y jóvenes en el sistema penal a causa de la ineficacia que el sistema había mostrado hasta el momento. Ello se resume en el Documento de Tegucigalpa (2008).



Posteriormente, el Congreso Mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa celebrado en noviembre de 2009 en Lima ofreció como resultado la denominada Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa (2009), en la que, de igual modo, se profundizó en este concepto y se definieron algunos elementos clave consensuados.

El Segundo Foro Regional de Justicia Penal Juvenil, celebrado en noviembre de 2009 en San Salvador, dio como resultado la Declaración de San Salvador (2009). En esta declaración se legitiman todas las reflexiones de los foros anteriores y se asume el fracaso de las políticas denominadas de mano dura, súper dura y tolerancia cero.

Durante el Congreso Mundial sobre Justicia Juvenil celebrado en Ginebra en enero de 2015 en el que participaron más de 120 países representados por altos mandatarios del sector justicia juvenil, así como la Conferencia Iberoamericana de ministros de Justicia representada por su secretario general, se asumen y apoyan todos y cada uno de los postulados recogidos en las declaraciones anteriormente descritas.

La justicia juvenil restaurativa es una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Este objetivo requiere un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan del delito. No existe un sólo modelo para la práctica de este enfoque de justicia restaurativa.

La experiencia en distintos países indica que la justicia juvenil restaurativa se práctica aplicando la mediación, conferencias en grupo familiar, círculos de sentencia y otros enfoques culturales específicos. Cuando sea posible deben instaurarse políticas para introducir la justicia juvenil restaurativa y aprovechar las prácticas tradicionales inofensivas ya existentes para el tratamiento de niños en conflicto con la ley.

El resultado de este proceso incluye respuestas y programas tales como la reparación, restitución y el servicio comunitario, orientados a satisfacer las necesidades individuales



y colectivas y las responsabilidades de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el agresor.

La justicia juvenil restaurativa no debe limitarse solamente a delitos menores o a agresores primarios. La experiencia muestra que la justicia juvenil restaurativa también puede jugar un papel importante en el abordaje de delitos graves. Por ejemplo, en diversos conflictos armados los niños son utilizados como niños soldados y obligados a cometer delitos indescriptibles especialmente contra los miembros de sus propias familias, sus vecinos y sus comunidades.

La justicia restaurativa es, con frecuencia, la única forma de generar la reconciliación entre las víctimas y los agresores por igual en una sociedad castigada por la guerra en la que las víctimas de las agresiones sufren al igual que los niños agresores, quienes son forzados a cometer las agresiones. Sin dicha reconciliación, la reintegración de los niños soldados a sus comunidades no será posible, en perjuicio en muchos casos del niño que fue excluido, así como de la comunidad que es privada de su fuerza laboral, y con la amenaza de un comportamiento criminal por parte del niño excluido.

Así mismo, es importante no limitar la práctica restaurativa a casos aislados en justicia juvenil, sino más bien desarrollar e implementar una política de prácticas restaurativas proactivas, por ejemplo, en las escuelas.

2.1. El rol del enfoque restaurativo en la justicia juvenil

La justicia restaurativa es una forma de atender a los NNA que están en conflicto con la ley, que contribuye a su reintegración a la sociedad y los apoya a asumir un rol constructivo dentro de la sociedad. Toma seriamente la responsabilidad del NNA y al hacerlo, permite fortalecer el respeto y entendimiento de este respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás, en especial de la víctima y otros miembros afectados de la comunidad. La justicia restaurativa es un enfoque que promueve el sentido de dignidad y valor del NNA.



La justicia restaurativa debe aplicarse en todas las etapas del proceso de justicia juvenil, ya sea como una medida alternativa o como una medida adicional. A nivel policial, una de las opciones debe ser la remisión de los niños a un proceso de justicia restaurativa.

La policía debe estar perfectamente capacitada e instruida con respecto al empleo de esta opción y cuando sea apropiado debe prestar especial atención al posible abuso de esta u otras formas de remisión. Si el caso debe ser denunciado ante el fiscal, éste debe considerar, antes de llevar a cabo cualquier otra acción, la posibilidad de un proceso de justicia restaurativa como una forma de resolver el caso sin recurrir a un proceso judicial.

Antes de hacer uso del arresto policial o de la detención preventiva, se deben emplear medidas alternativas, incluido el uso de la justicia restaurativa, para evitar esta privación de la libertad.

Cuando el caso ha sido llevado al juzgado, el juez de ACLP debe, en la medida de lo posible, explorar e iniciar un proceso de justicia restaurativa como una alternativa a otras posibles sanciones o medidas. Finalmente, y sobre la base de las experiencias en algunos países, la justicia restaurativa puede y debe emplearse cuando sea posible, como parte del tratamiento de los jóvenes que se encuentran en instituciones de justicia juvenil.

En otras palabras, la justicia restaurativa debe ser parte integrante del sistema de justicia juvenil, es decir en cumplimiento con las disposiciones de la CDN y normas internacionales relacionadas; la justicia restaurativa debe presentarse como una opción para todas las personas que se han visto afectadas por el delito, incluidas las víctimas directas, sus familias y los agresores y sus familias.

En este sentido, es importante incluir programas de prevención efectivos, con especial atención y respaldando el rol de los padres y las comunidades, en la política nacional sobre justicia juvenil.



2.2. Las reglas para el uso de la justicia restaurativa

El uso de la justicia restaurativa debe regirse por los principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal, tal como se estipula en la Resolución 2002/12 del ECOSOC, tales como:

La justicia juvenil restaurativa debe emplearse solamente cuando exista evidencia suficiente para acusar al menor agresor, y cuando se cuente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del agresor. Se debe permitir que el agresor y la víctima puedan retirar dicho consentimiento en cualquier momento durante el proceso de justicia restaurativa. Se debe llegar a acuerdos en forma voluntaria y éstos deben contener únicamente obligaciones razonables y proporcionales.

Ni la víctima ni el agresor juvenil deben ser coaccionados ni inducidos por medios injustos a participar en el proceso restaurativo ni a aceptar los resultados restaurativos. Deben tomarse en consideración las discrepancias que conducen a desequilibrios en el poder, así como las diferencias culturales entre las partes.

La víctima y el agresor menor de edad, con sujeción a la ley nacional, deben tener el derecho de recibir asesoría legal, y el agresor menor de edad junto con la víctima menor de edad deben tener el derecho de recibir asistencia por parte de su padre o tutor.

La víctima y el agresor menor de edad deben estar completamente informados de sus derechos, la naturaleza del proceso restaurativo y las posibles consecuencias de su decisión.

El resultado del proceso debe tener el mismo estatus que cualquier otra decisión judicial o sentencia, y debe evitar la instrucción con respecto a los mismos hechos.



2.3 Los primeros proyectos de justicia restaurativa.

Los proyectos de conciliación delinciente víctima se desarrollaron inicialmente en Canadá y los Estados Unidos de América a partir de 1972, dentro del marco de la diversión precedente habiendo tenido aplicación en el derecho penal juvenil.

En estos proyectos tuvieron gran influencia grupos religiosos como los menonitas y los cuáqueros. Se señala que el primer proyecto de justicia restaurativa se dio en Kitchener Ontario ello en relación con 2 jóvenes que fueron capturados luego de una parranda vandálica en la que habrían causado daños a unas 22 propiedades.

En este caso los jóvenes fueron enviados a conversar con las víctimas y a llegar a un arreglo con las mismas para el pago de los daños causados. dichos jóvenes pudieron restituir el daño en forma progresiva debido al éxito logrado se inició en Kirchner un programa de reconciliación entre víctimas y ofensores, con base en esa experiencia en el jardín Indiana (EEUU) empezó en 1978 y 1979 un programa a pequeña escala a cargo de oficiales de libertad condicional.

Debe resaltarse que la previsión como regla de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por los fiscales en los Estados Unidos de América en donde no rige el principio de legalidad con respecto a dicha acción ha hecho que las ideas de justicia restaurativa se hayan visto favorecidas puesto que da un gran ámbito discrecional para la aplicación de estas, por otro lado, el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa en el derecho penal juvenil fue facilitado por las características de dicho derecho que lo han hecho favorable a la diversión o con sin intervención para evitar los efectos estigmatizantes que tiene la privación de la libertad.



2.4. Justicia restaurativa e interés en la víctima.

No puede dejarse de considerar como antecedente histórico de la justicia restaurativa, que en general se admite que el derecho penal surge con la neutralización de la víctima, al producirse la monopolización de la justicia penal por el Estado, puesto que antes de ello la víctima tenía un protagonismo en la solución del conflicto provocado por el hecho delictivo ocupando la reparación del daño un lugar importante para el restablecimiento de la paz social perturbada, así se ha atendido a mencionar diversas etapas históricas con respecto a la consideración de la víctima indicándose que una primera es la del protagonismo de la víctima, luego se da la neutralización de la misma, en la que es separada de la forma de solución del conflicto, el que se convierte exclusivamente en un conflicto autor estado y una tercera etapa que se ha denominado como de renacimiento del interés en la víctima que tiene entre sus facetas, el otorgarle protagonismo en la solución del conflicto propiciando la conciliación víctima autor y la reparación del daño.

En definitiva el surgimiento de la justicia restaurativa se da en el marco del llamado renacimiento o redescubrimiento de la víctima, que ocurre principalmente a partir de la década de los 70 del siglo pasado, con respecto a ello se dijo por el grupo de expertos de la organización de naciones unidas que elaboró en el 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal: la justicia restaurativa se había desarrollado, en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraban reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía de terminar una reducción indebida del papel del estado, en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso, era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del estado los delincuentes y las víctimas tanto en general como en el contexto de cada caso concreto.

En la justicia restaurativa se tiende a enfatizar la preocupación fundamental en la víctima, contraponiendo ello con la atención que le otorga la justicia penal al delincuente, ello se trata de reflejar desde un punto de vista semántico al indicarse en los Estados Unidos de América que se trata de la compensación víctima autor en donde la víctima es



mencionada de primero en la misma denominación a diferencia de lo que ocurre con frecuencia en Alemania en la que se hace mención a la mediación autor víctima.

2.5. La justicia restaurativa en el derecho indígena.

se menciona dentro de los antecedentes de la justicia restaurativa, la forma de solución de los conflictos de acuerdo con el derecho constitucional de los grupos indígenas de diversas partes del mundo, que se mantiene hasta hoy día. Ello ocurre por ejemplo en Australia y Nueva Zelanda, pero también en otras regiones por ejemplo en África y América se agrega a ello que los círculos de paz como una de las expresiones de la justicia restaurativa se encuentran inspirados en los principios y prácticas de solución de conflictos de las comunidades aborígenes de Yukón en Canadá en Nueva Guinea en Hawái y Nueva Zelanda.

Sobre ello en las discusiones desarrolladas por el grupo de expertos que elaboró los principios básicos para la utilización de programas restaurativos en materia penal aprobados en el año 2012, enfatizó los antecedentes que tienen la justicia restaurativa en las formas de resolución de los conflictos por los grupos aborígenes y así consta en el punto 10 de los principios referidos.

La reunión fue inaugurada por Stephen Owens secretario parlamentario del ministro de justicia de Canadá, el señor Owens esbozó la experiencia de Canadá en materia de opciones restaurativas en particular en el contexto de las iniciativas que se habían adoptado en el ámbito del programa de justicia aborígen, comparó esas iniciativas con medidas similares adoptadas en otros países, los procesos restaurativos como la utilización de medios tradicionales de solución de conflictos eran a menudo adecuados en esos entornos, dado que además de que tomaban en cuenta la cultura y las necesidades concretas de los interesados, podían ser ejecutados muchas veces por las propias personas, a nivel local creándose programas eficaces con recursos financieros y profesionales limitados.



2.6. Justicia restaurativa y abolicionismo.

En Europa las ideas de justicia restaurativa encontraron un buen eco en los reclamos formulados desde la perspectiva del abolicionismo, en cuanto al alegado que la justicia penal expropió el conflicto a los actores de este, convirtiéndolo en un conflicto estado autor y no en un conflicto autor víctima.

Dentro de las ideas fundamentales en que se basa la justicia restaurativa se encuentra la concepción de que el delito produce un conflicto, en el que los participantes son fundamentalmente el autor y la víctima, siendo la mejor forma de solución del conflicto el acuerdo entre ambos participantes, logrado a través del diálogo entre ellos, es importante resaltar los puntos de contacto de esta concepción, que ha sido defendido principalmente en Europa, en los países escandinavos, habiendo tenido también una recepción de importancia en Latinoamérica.

La relación entre las ideas de justicia restaurativa y las del abolicionismo penal, es clara en cuanto a este último ha reclamado en contra de la apropiación del conflicto por el estado, y ha abogado que éste sea devuelto a las partes del conflicto de modo que se posibilite un acuerdo entre ellas a través del diálogo.

Esta influencia del abolicionismo ha llevado en ocasiones a criticarla de judicialización que se produce a través de institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba por ser una expresión del abolicionismo.

No se puede negar que un sector de los defensores de la justicia restaurativa asume posiciones abolicionistas, sin embargo cómo debe reconocerse que en general los partidarios de la justicia restaurativa no pretenden la eliminación de la justicia penal, por lo que no llegan al abolicionismo de este, de modo que el sistema penal se mantiene dejándose que se produzca una des formalización hacia la obtención de una solución al conflicto por la víctima y el autor a través del diálogo y acuerdo entre ellos.



Así ello no implica que no continúe existiendo otra vía, el sistema penal, el que opera debe reconocerse como un estímulo para que el autor acepte participar en el proceso de mediación y la reparación puesto que con ello evitará la prosecución del proceso penal y con ello la eventual imposición de una pena.

Esta es la concepción de la que parte por ejemplo el derecho penal juvenil, con base en la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos que la complementan, la que no puede ser catalogada como abolicionista, ya que no se pretende la eliminación del derecho penal juvenil y de la imposición de sanciones a través del mismo, aunque se persigue una restricción de las mismas y la búsqueda de alternativas cuando es posible, a la imposición de sanciones propiamente dichas, fomentándose con ello la reparación del daño.

Lo anterior impide que pueda concebirse la justicia restaurativa en forma exclusiva como una forma de satisfacción de la víctima siendo más bien una tercera vía que se ha creado, tendiente hacia la des formalización y de judicialización de los conflictos penales.

Se agrega a todo ello que si se concibiera al delito exclusivamente como un conflicto víctima-autor, sin reconocerse el interés público que puede existir en la persecución de los delitos a lo que debería llegarse es precisamente al abolicionismo penal, de modo que las ideas de justicia restaurativa tuvieran total aplicación, no existiendo de ninguna manera una alternativa de una justicia penal la que debería ser eliminada totalmente por no tener razón de ser, ello no necesariamente operaría en beneficio de los autores de hechos delictivos, puesto que puede favorecer las reacciones de hecho, a lo que ha hecho mención Luigi Ferrajoli en su crítica al abolicionismo.

De todas maneras es importante anotar que en general los proyectos de justicia restaurativa, tienden a eliminar la posibilidad de aplicación en los delitos de gran gravedad, ya que se considera que sería contrario a la prevención general lo que no es conforme a la adopción de una concepción abolicionista, en este sentido con respecto a los delitos graves el grupo de expertos que elaboró los principios básicos de la ONU



sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal presentado en el año 2002, indicó: *los procedimientos restaurativos debían adaptarse cuidadosamente si se utilizaban en casos de delitos muy graves, cuando no siempre era posible reparar el daño y en esos casos, los procedimientos restaurativos podían constituir un complemento útil del sistema de justicia penal establecido, a menudo la mera creación de un expediente veraz sobre los hechos acaecidos suponía importantes beneficios psicológicos tanto para los delincuentes como para las víctimas.* Un ejemplo era la reciente labor de la comisión de la verdad y la reconciliación de Sudáfrica.

A pesar de lo anterior debe resaltarse la importancia que puede tener la aplicación de ideas de justicia restaurativa aún en delitos de gravedad debiendo considerarse que no necesariamente la aplicación de ideas de justicia restaurativa está asociada con la simple búsqueda de una solución reparadora que excluya totalmente la imposición de una sanción.

2.5. La justificación de la justicia restaurativa.

El caso Gault resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1967, resaltó que con la argumentación de tratar de proteger a los jóvenes en la justicia juvenil se había llegado a una intervención mucho más fuerte que la que ocurría en la justicia penal de adultos, no respetándose las garantías mínimas del debido proceso, el caso de Gault puso en crisis la concepción que se había sostenido de la justicia juvenil hasta ese entonces, que partía de que en definitiva no eran importantes las garantías al joven puesto que todo era en su beneficio al tratarse de salvarlo, en la resolución del caso Gault no se puso en duda expresamente la ideología del tratamiento que imperaba en la justicia penal juvenil habiendo tenido su auge principalmente en las décadas de los años 50 y 60 del siglo pasado en dicha ideología se expresaba la confianza en que a través de la intervención de un equipo interdisciplinar de profesionales podría obtenerse la rehabilitación de los delincuentes, en especial de los juveniles.



Sin embargo, en 1974 Robert Martinson publicó un artículo titulado “Que funciona preguntas y respuestas acerca de la reforma de la prisión”, en donde indicó que con pocas excepciones aisladas los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados lejanamente han tenido un efecto apreciable, formuló en este artículo la expresión “nada funciona, no sin golpes” que adquirió una gran difusión.

El escepticismo en relación con la sanción privativa de libertad produjo una crisis de la justicia penal juvenil en los Estados Unidos de América como que se tradujo en el auge del neoclasicismo, llevando una vuelta de las ideas de retribución lo mismo que las ideas de prevención general negativa que han producido a un endurecimiento del derecho penal incluyendo el derecho penal juvenil, ello ha conducido a una tendencia en los Estados Unidos de América al juzgamiento a los jóvenes como adultos, al cumplimiento de la sanción junto con adultos e incluso la aplicación de la pena de muerte a menores de edad.

Sin embargo, en forma paralela el escepticismo con la sanción privativa de libertad condujo en los Estados Unidos de América al auge de las ideas de la justicia restaurativa que surgen como una concepción que se enfrenta a la justicia penal tradicional, que se dice se basa en las ideas retributivas, así la concepción de la justicia restaurativa se ha concebido como un nuevo paradigma que debe ser diferenciado a la justicia rehabilitadora relacionada con la ideología y el tratamiento, lo mismo que la justicia retributiva cómo es que desde la perspectiva de la justicia restaurativa se llegara a caracterizar a la justicia penal y a la imposición de una pena en esta.

Debe tenerse en cuenta que la justicia restaurativa se da como parte de lo que en Norteamérica se ha llamado la crisis de la justicia juvenil debido al auge de las ideas retributivas en relación con el juzgamiento de la delincuencia juvenil lo mismo que al escepticismo frente a las ideas rehabilitadoras que han tenido especial acogida en el derecho penal juvenil las ideas de justicia restaurativa en los Estados Unidos de América y Canadá, han estado relacionadas con organizaciones no gubernamentales en las



cuales voluntarios prestan gratuitamente su labor de mediación, ello fuera del proceso penal.

Desde esa perspectiva la justicia restaurativa se ha llegado a concebir como una alternativa a la justicia penal, sin embargo, debe reconocerse que los centros de mediación no parten de una clara distinción entre asuntos penales y civiles funcionando en general como centros para la solución de conflictos.

La justicia restaurativa en la doctrina de la protección integral del derecho penal juvenil, las ideas de justicia restaurativa tienen una gran acogida dentro del nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, que supuso la adopción de la llamada doctrina de la protección integral a través de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan, ello implicó la asunción por el derecho penal juvenil de las garantías que tradicionalmente sólo se aplicaban al derecho penal de adultos a las que se agregan una serie de garantías adicionales propias de la justicia juvenil que son propiamente las que caracterizan a la misma dentro del sistema de derechos establecidos en la justicia penal juvenil, uno de los que sobresale es la búsqueda de la des formalización o de la judicialización, ello a través de la diversidad de sanciones, ya sea con intervención o sin intervención, se parte en definitiva del carácter episódico que tienen las conductas delictivas de los jóvenes, siendo en gran parte consecuencia de los conflictos que implica la adolescencia en sí, sin que luego de pasar a la misma necesariamente impliquen que se va a continuar una carrera delictiva.

Se agrega a ello, que en ocasiones el carácter episódico de la delincuencia juvenil hace que la mejor respuesta es la falta de respuesta del sistema penal, precisamente en relación con la des formalización con intervención es que se encuentra cabida la justicia restaurativa llegándose incluso en muchas ocasiones a caracterizar la justicia penal juvenil como justicia restaurativa.



La des formalización, que es expresión del principio de *última ratio*, se encuentra prevista en la regla 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores que dice;

“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 (o sea corte tribunal, junta, consejo, etc.) para que los juzguen oficialmente.

11.2 la policía, el ministerio público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, 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 tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo 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 de víctimas.

A través de la remisión pueden llegarse a favorecer soluciones de justicia restaurativa, aunque debe anotarse que la remisión implica que las mismas se den fuera del ámbito de la justicia penal juvenil, lo que es concordante con la concepción de la justicia restaurativa tal y como se da en los Estados Unidos de América en donde intervienen organizaciones privadas en la mediación.



En los comentarios a dicha regla se señala que la remisión: *“sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (por ejemplo el estigma de la condena o la sentencia), en muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta, por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima, así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”*.

Se indica además que se recomienda: *“que se prevean opciones sustitutas viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad, se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales”*.

Con ello, al hacerse referencia a la indemnización a la víctima a través de la avenencia, se incluyó dentro de las recomendaciones a la justicia restaurativa.

En el ámbito europeo es importante mencionar la recomendación número R (87) 20 del comité de ministros del Consejo de Europa adoptada el 18/09/1987 por medio de la cual recomendó:

“2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) O a nivel policial, en los países donde la policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección a la infancia de estos procedimientos”

“3. adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos:

-se asegure la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la judicialización y si es preciso la colaboración de su familia.



-se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del autor”

la convención de derechos del niño en 1989 señala en su artículo 40 inciso 3 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 humanos y las garantías legales”.

se trata de una norma muy general, que da lugar tanto a la diversión sin intervención, que es favorable, como a la diversión con intervención, dentro de la cual se ubica la justicia restaurativa.

La Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia expresa a la desjudicialización o des formalización y con ella tampoco la justicia restaurativa, sin embargo es importante anotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso de los niños de la calle vs. Guatemala*, por sentencia del 19/11/1999, había admitido la posibilidad de que la Convención de Derechos del Niño sirviera para la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana, por su parte en la opinión consultiva OC17-2002 del 28/08/2002 en la que desautorizó una justicia penal juvenil que se refiera por el sistema de la situación irregular, hizo mención expresa a la desjudicialización indicando:

“justicia alternativa

“135 las normas internacionales procuran excluir o reducir la judicialización de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas.

En este sentido son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin



menoscabo de los derechos de las personas por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

2.6. Expansión de las ideas de justicia restaurativa a nivel internacional.

Los proyectos de justicia restaurativa, los que varían de unos de otros en cuanto a requisitos y consecuencias, han llegado a extenderse a diversos países por ejemplo Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda, Bélgica, Francia, Italia, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria, Cataluña en España, Japón, Brasil, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Australia.

El auge de las ideas de justicia restaurativa se expresa en la extensión de los programas de mediación víctima autor, puesto que a pesar de que a finales de la década de los 70 del siglo pasado, existían solamente unos pocos programas en Estados Unidos y Canadá, a mediados de los 90 se calculaba la cantidad de programas existentes en unos 1000, existiendo aproximadamente 318 en América del Norte y 712 en Europa¹³.

Las ideas de justicia restaurativa se han extendido en el derecho penal juvenil latinoamericano como a través de instituciones como la suspensión del proceso a prueba y la conciliación, lo mismo que en el derecho procesal penal de adultos, como consecuencia del impulso reformador del código procesal penal modelo para Iberoamérica de 1988. Sin embargo, no debe perderse de vista que si bien la suspensión del proceso a prueba y la conciliación pueden ser expresión de ideas de justicia restaurativa, no necesariamente ocurre eso en todos los casos.

¹³ Umbreit, Mark, Avoiding The Marginalization and “Mc Donalization” of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream, En Bazemore, Gordon/Walgrave Lode (Editores), Restorative Juvenile Justice, Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999. P.213.



Esto puede suceder cuando la aplicación de dichos institutos no se lleva a cabo a partir del encuentro autor-víctima, sino solamente de una manera formalizada en que ni siquiera se llega a producir dicho encuentro, siendo la solución obtenida meramente producto de un acuerdo en que los que intervienen son los abogados de cada parte.

La idea fundamental de la justicia restaurativa es la sanación de las heridas producidas por el hecho delictivo, tanto para la víctima como para el autor, lo que no se obtiene cuando se está ante un acuerdo meramente formal, que deja las heridas abiertas y en ocasiones incluso las agrava, a partir de la incompreensión de la posición del otro, la víctima puede sentir que el autor no ha reconocido su falta y la lesión causada por la misma y que en definitiva se ha salido con la suya, a liberarse de la imposición de una sanción propiamente dicha el autor puede, por su parte, considerar que la víctima se ha aprovechado de la situación, para obtener beneficios indebidos todo ello lleva a una falta de empatía con el otro.

2.7. Justicia restaurativa y los fines de la pena

En los Estados Unidos y Canadá, debe admitirse, no se persigue en general una justificación de la justicia restaurativa dentro de los fines de la sanción, aunque no faltan referencias al respecto. Lo anterior en gran parte debido al carácter práctico que caracteriza al sistema jurídico anglosajón, el que no tiene las preocupaciones teóricas que existen en el sistema continental europeo.

El sistema penal no puede justificar las ideas de justicia restaurativa en la mera satisfacción de los intereses de la víctima, puesto que precisamente el sistema penal interviene frente a las graves infracciones a la vida en sociedad que trascienden en definitiva los intereses de la víctima. En otras palabras, si se tratara simplemente de un conflicto privado entre autor y víctima, entonces no tendría razón de establecerse la conducta como delictiva, ni de pensarse como tal en caso de ausencia de acuerdo con la víctima.



Por ello es de gran importancia la justificación que se le ha tratado de dar por Claus Roxin a la relevancia al acuerdo autor-víctima en cuanto a la reparación y que recibió acogida en el Proyecto Alternativo de reparación, presentado por profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992.

Se ha sostenido así, que la reparación cumple en definitiva funciones de prevención general positiva y de prevención especial positiva, ello ya que en delitos no graves se logra que se restablezca la paz jurídica perturbada por el hecho delictivo, esto a través del reconocimiento de su falta por parte del autor, unido a que tiene también efectos de prevención especial positiva, en cuanto lleva al enfrentamiento del autor con las consecuencias dañosas sufridas por la víctima y a la asunción de su responsabilidad con ella, lo que es positivo desde el punto de vista rehabilitador.

Se asocia ello con la concepción de que para la imposición de una pena debe haber necesidad de ella, de modo que si a través de la reparación se logran efectos de prevención general positiva y prevención especial positiva, la imposición de una pena se torna innecesaria, actuándose en definitiva de acuerdo con el principio de *ultima ratio* o mínima intervención, ya que se evita imponer una pena, la que reúne un carácter más gravoso que las obligaciones asumidas por el imputado a través de la reparación. Así se señala en el proyecto Alternativo de reparación: "La reparación sirve al establecimiento de la paz jurídica también a través del cumplimiento de fines de prevención general y especial".

En el caso del efecto preventivo-general, sólo puede tratarse, en correspondencia con el contenido constructivo de la reparación, de la variante positiva la prevención de integración (...). A este respecto ya hace mucho que se observó que el sentimiento en la comunidad de preocupación sobre la infracción de la norma y de estar en peligro, originado por la comisión del delito, puede ser suprimido mediante la reconciliación entre autor y víctima (...). Además, la reparación es capaz de proporcionar a la comunidad el convencimiento de que el Estado se ocupa de los intereses de la víctima. Por tanto, las aspiraciones centrales de una prevención general dirigida hacia integración y satisfacción



para la restauración de la paz jurídica son el efecto de confianza, cuando el hecho impone para el ciudadano, y el efecto de satisfacción, cuando el delincuente ha hecho tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza y considera solucionado el conflicto con el autor(...).

Esta justificación se da tanto en el Derecho Penal de adultos, como en el Derecho Penal Juvenil, solamente con la diferencia de que en este último el carácter esencial que tiene el principio educativo, asociado a la prevención especial positiva, hace que ésta tenga el carácter preponderante, de modo que la consecución de fines de prevención general positiva, adquiere un carácter meramente secundario.

Frente a aquellos que afirman que las ideas de justicia restaurativa llevan a un aumento de la criminalidad, debe destacarse que en el Primer Congreso Nacional Mexicano de Justicia Restaurativa y Oralidad, llevado a cabo en Acapulco en 2010, se resaltó la importancia de la justicia restaurativa como una forma de combatir la inseguridad ciudadana y en definitiva de prevenir la delincuencia, sin recurrir a las disfunciones que provoca en ocasiones el sistema penal, haciéndose con ello referencia no solamente al Derecho Penal Juvenil, sino también al Derecho Penal de adultos, resultando que el énfasis del Congreso fue precisamente con respecto al Derecho de adultos.

Se hizo referencia allí a los efectos negativos que tiene el encarcelamiento y la incidencia rehabilitadora que tiene la aplicación de procedimientos restaurativos. Así entre otros aspectos se indicó en el manifiesto de justicia restaurativa y oralidad, conocido como "Manifiesto de Guerrero":

- "1. Es urgente que Estado y sociedad establezcamos un pacto para prevenir y enfrentar la criminalidad con una concepción humanística fundamentada en la premisa de que la paz y la seguridad sociales son posibles.
2. Los delitos son expresión del fracaso en el proceso de socialización; de ahí que en las respuestas al fenómeno criminal se debe considerar la corresponsabilidad de la familia, del sistema educativo, de la comunidad próxima y de los demás agentes formales e informales de dicha socialización fallida.



3. La escuela penal restaurativa y el procedimiento acusatorio y oral deben construir una eficaz respuesta a la criminalidad para lo cual se tiene que atender a las necesidades de los protagonistas del conflicto y de los afectados indirectos (..)".

2.8. Resultados de los proyectos de justicia restaurativa

En lo atinente a la justicia penal juvenil, se han realizado diversos estudios con respecto a los efectos preventivos de los proyectos de justicia restaurativa. Así se ha constatado en algunos proyectos de los Estados Unidos de América que los jóvenes que establecieron contacto con la víctima y realizaron prestaciones de reparación son significativamente menos reincidentes que los jóvenes que no accedieron a establecer los contactos correspondientes en el marco de las penas suspendidas a prueba. Se comprobó que la reincidencia depende de la magnitud de la reparación, de modo que cuando se tuvo que pagar una suma mayor los resultados fueron menos satisfactorios, pues los jóvenes tenían la conciencia de que debían trabajar durante un tiempo demasiado largo para la víctima.

En otros estudios de los Estados Unidos de América se comparó la asistencia a prueba tradicional, la suspensión condicional con la obligación de reparar y la pena privativa de libertad y se llegó a la conclusión de que, a la vista de la casi identidad de los índices de reincidencia, desde el punto de la rentabilidad, el programa de reparación era más favorable.

Justicia restaurativa y el peligro de la extensión de las redes del control social

La justicia restaurativa puede llevar a un Derecho Penal Mínimo, en cuanto puede desarrollarse a partir de la misma el principio de ultima ratio de la sanción penal o de ultima ratio, provocando además una disminución de los privados de libertad.



Ideas de justicia restaurativa han sido propiciadas por Alessandro Baratta¹⁴, quien formula como un principio del Derecho Penal Mínimo el de "privatización de los conflictos". Dice: "se trata de una reapropiación de los conflictos, que considera las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal por medio de formas de derecho restitutivo y acuerdos entre las partes, en el marco de instancias públicas y comunitarias de reconciliación".

Se debe realizar una mejora continua para garantizar el desarrollo de la práctica de la justicia restaurativa, para que la misma se constituya realmente en una reducción de la reacción penal estatal, de modo que el principio educativo, que está detrás de dicha justicia, no conduzca, al igual que como ocurría en la doctrina de la situación irregular, a una extensión del control social, llegándose en definitiva a unas "redes más amplias y sutiles", que ha sido una de las críticas que ha formulado la criminología crítica con respecto a las penas alternativas.

Uno de los peligros que existen es que se llegue a utilizar la justicia restaurativa en un sentido retributivo, que lleve a la necesidad de "reparación económica" para acceder a las alternativas a la sanción y a la sanción no privativa de libertad, o bien a una liberación anticipada.

2.9. Justicia restaurativa y "privatización" del derecho penal

Una de las críticas que se hacen con frecuencia a la justicia restaurativa y en particular al otorgamiento de relevancia a la reparación del daño como un supuesto que puede dar lugar al archivo del asunto, es que se vuelve a hacer una confusión entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, lo que se suponía que era una etapa superada en el desarrollo histórico del Derecho Penal.

¹⁴ Baratta, Alessandro. Criminología y sistema penal. Montevideo/Buenos Aires. Editorial, B de f, 2004, p.325.



Se parte para ello de las concepciones de la Escuela Clásica, que, a diferencia de la Escuela Positivista, establece una clara distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. Se llega a afirmar que se realiza una mercantilización del Derecho Penal, de modo que la "impunidad" se compra con dinero, lo que lleva además a una desigualdad entre ricos y pobres¹⁵.

Ello es lo que lleva a Juan Marcos Rivero a criticar fuertemente la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño por tratarse de una "civilización" del Derecho Penal, atribuyéndole además a la reparación funciones penales, con lo que se penaliza el Derecho Civil¹⁶.

Con respecto a ello, debe indicarse que aunque en la justicia restaurativa con frecuencia se utiliza el término "reparación", para hacer referencia al resultado restaurativo, este término no debe ser identificado con el concepto de reparación del Derecho Civil, que envuelva la necesidad de restablecimiento al estado anterior de las cosas y subsidiariamente el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso, incluyendo tanto los daños materiales como los daños morales.

El concepto de reparación del que se parte en la justicia restaurativa es diverso, ya que más bien hace referencia a la sanación de las heridas producidas por el hecho dañoso, lo que puede implicar la reparación meramente simbólica. Ello tiene especialmente importancia en materia penal juvenil, en donde por la naturaleza de la delincuencia juvenil las reparaciones meramente monetarias pueden llegar a ser contraproducentes. Por otro lado, esta concepción de la reparación supera las críticas al quebranto al principio de igualdad entre ricos y pobres.

¹⁵ Velásquez Velasquez, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Bogotá. 1995, p. 668.

¹⁶ Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal. Granada. Editorial Comares, 2004. 163, 170-185.

2.10. La justicia restaurativa y el derecho de abstención de declarar

Se critica si la aceptación de someterse al procedimiento restaurativo implica un quebranto al principio de abstención de declarar, en cuanto a que decisión se acudir a dicho procedimiento y de aceptar una solución restaurativa no es una decisión libre, ya que se toma bajo la amenaza de que en caso contrario puede llegarse a imponer una pena elevada. En efecto no puede dejarse de considerar que, como dice Julio Maier, el imputado "(...) se ve sometido a una propuesta compensatoria, bajo la 'espada de Damocles' de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo absolución o condena él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos¹⁷"

Lo anterior es reconocido por el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que indicó: "El Grupo de Expertos era consciente de que la mayor parte de las veces los delincuentes se enfrentaban con la alternativa del enjuiciamiento y el castigo si no participaban, y estimó que, en ese sentido, debía entenderse que la palabra 'coaccionar' se refería únicamente a una coacción extrajudicial o indebida y no a las influencias derivadas de la posibilidad de enjuiciamiento, castigo u otros procedimientos judiciales"

Con respecto a ello debe indicarse que en la justicia restaurativa es fundamental la participación voluntaria del autor y de la víctima. La necesidad del consentimiento del imputado es enfatizada por las Reglas de Tokio, al indicar: "*3.4 Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento*".

¹⁷ Maier, Julio, El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal Argentino. En: Maier Julio/Binder, Alberto. El Derecho Penal hoy. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 47.



Desde esta perspectiva no podría imponérsele al imputado el cumplimiento de determinadas obligaciones no aceptadas por él. Al carácter voluntario de la participación en el procedimiento restaurativo se refieren también los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa, por ejemplo, la regla 7.

2.11. La obligación reparatoria y su problemática con la presunción de inocencia

Se ha afirmado por algunos que en la justicia restaurativa se llega a quebrantar la presunción de inocencia, ya que las obligaciones que asume el presunto victimario como parte del acuerdo restaurativo, llegan a suponer restricciones de derechos, reuniendo el carácter de una sanción.

Debe reconocerse que los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa de 2002 indican:

"7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente (...)"

Sin embargo, la exigencia de que haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente para que pueda aplicarse el proceso restaurativo no debe entenderse en el sentido de que la presunción de inocencia ha decaído como consecuencia de ello, sino más bien como un requisito que es consecuencia del principio de proporcionalidad, la aplicación del procedimiento restaurativo cuando no existiera prueba suficiente incriminatoria.

Si no existiera un requisito de esta índole se llegaría efectivamente a unas redes más amplias y sutiles del control social. Debe tenerse en cuenta que el principio de presunción de inocencia, como lo indica la doctrina mayoritaria, es un principio constante, que se mantiene hasta tanto no se haya dictado sentencia condenatoria firme.



De acuerdo con ello no puede justificarse la aplicación del procedimiento restaurativo con base a una renuncia del imputado a la presunción de inocencia, ni a la exigencia de prueba suficiente en su contra que hace que se haya relativizado dicho principio.

En esta relación entre los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, es importante considerar la existencia de una decisión del imputado en cuanto a participar en el procedimiento restaurativo, debiéndose considerar dicha opinión en cuanto a qué es lo más beneficioso para él, debiendo además considerarse como determinante en particular que en cualquier momento puede revocar dicho consentimiento.

Además, que en definitiva el resultado restaurativo, aunque implique una "sanción", no es propiamente una pena y no implica una privación de libertad, a lo que se une que el incumplimiento del acuerdo simplemente debe llevar a que continúe el procedimiento y no puede ser utilizado para un aumento de la pena en caso de que se dicte una sentencia condenatoria. Sobre ello los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

"17. El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá someterse al programa restaurativo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá utilizarse como justificación para una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal".

Se une a ello que en caso de que no exista acuerdo, las conversaciones que se hayan sostenido no pueden ser utilizadas en contra del imputado. En este sentido los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:



"8. (...). La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores"¹⁸.

Para la aceptación de las ideas de justicia restaurativa es fundamental que el incumplimiento de un acuerdo no pueda utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. Así los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

"16. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber alcanzado acuerdo no será utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal".

Por otro lado, para justificar la aplicación de las ideas de justicia restaurativa, aun con los problemas que presenta con la presunción de inocencia, es fundamental que aunque el imputado asume obligaciones que implican una restricción de derechos, su incumplimiento no puede llevar a que se le agrave la pena, sino implica solamente la continuación del proceso penal.

¹⁸ Larrauri, Elena. Tendencias actuales de la justicia restaurativa. En: Pérez Álvarez, F. Serta. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca, 2004, pp 440-464.



CAPITULO III

3. Corpus Iuris que protegen los derechos de la niñez y adolescencia

Los Derechos de la Niñez constituyen una cuarta generación en la evolución de los Derechos Humanos, que consagra Derechos específicos para personas o grupos por sus condiciones especiales, en donde se considera a los NNA como sujetos en desarrollo, que tienen una condición de vulnerabilidad, por las diferencias de carácter físico, evolución cognitiva, capacidades sociales y menor desarrollo educativo, derivado de ser una persona en proceso de maduración evolutiva¹⁹. Estas diferencias entre niños y adultos obligan a los Estados a establecer un marco normativo tutelar especial, que impone reconocer derechos específicos para los NNA.

En este sentido, la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño²⁰ es la culminación de un ciclo iniciado con la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del NNA, en la búsqueda de la comunidad internacional por concretar este marco jurídico internacional que consagra Derechos específicos a los niños. Como ha dicho la CIDH "Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además *derechos especiales derivados de su*

¹⁹ En la Declaración de los Derechos del niño se indica que "la niña y niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

²⁰ Aprobada por el decreto 27-90 del Congreso de la República el 10 de mayo de 1990.



*condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado*²¹.

El principal instrumento internacional sobre los Derechos del NNA , es la Convención Sobre los Derechos del Niño , el cual es uno de los tratados de Derechos Humanos con mayor número de adhesiones a nivel de la comunidad internacional, lo que a criterio de la CIDH significa que es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual *“pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinión iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”*²²

Desde 1989, en que se aprobó el tratado, todos los países signatarios han realizado cambios importantes en su legislación y prácticas, derivado del principio de garantía, en donde los Estados tienen que adoptar todas las medidas en el ámbito de su jurisdicción interna para proteger de manera efectiva los Derechos de las los NNA de tal forma, que, si un Estado no adecúa su marco normativo o sus prácticas administrativas y judiciales a los estándares internacionales en materia de los Derechos de la Niñez, genera responsabilidad por la violación a un Derecho Humano²³.

²¹ CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos de las niñas y niños*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

²² CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 29.

²³ Comité de los Derechos del niño. *Observación General N° 5 (2003)*. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño (Artículos 4 y 42 y párrafo 6 del Artículo 44).



En el caso de Guatemala esta adecuación normativa fue efectuada a través de la aprobación de la Ley De Protección Integral De La Niñez Y Adolescencia, que es la legislación ordinaria que desarrolla los principios y garantías contemplados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y tiene su fundamento en el Artículo 2 de La Convención De Los Derechos Del Niño (CDN).

Los Derechos de la niñez han supuesto una transformación en la manera de concebir los Derechos de los niños. Tal transformación ha significado pasar de una concepción de los “menores” como objetos de tutela y protección segregada, a considerar los NNA y jóvenes como sujetos plenos de Derecho, lo que se conoce como la Doctrina De La Protección Integral.

Hablar del modelo de la Doctrina de Protección Integral tiene como presupuesto indispensable la consideración del niño como persona, como sujeto de Derecho, lo que tiene dos repercusiones

- Respetarle al niño y adolescente las mismas garantías que son respetadas a los adultos.
- Respetarle al adolescente sus diferencias con los adultos, lo que justifica la creación de medidas especiales de protección.
- Y en el caso de la infracción a la ley penal, de un modelo penal diferenciado, regido por principios orientados al interés superior, tal y como está regulado en el Artículo 3 de la CDN.



La Convención sobre los Derechos del niño marca el advenimiento de un nuevo período caracterizado entre otras cosas, por la separación entre los problemas de naturaleza social y aquellos conflictos específicos de las leyes penales y por la responsabilidad del adolescente de los actos que realiza.

Para la efectiva vigilancia del ejercicio de los Derechos del niño la Convención sobre los Derechos del niño, crea un órgano de implementación denominado Comité de los Derechos del niño, que es el órgano de expertos independientes, que supervisa la aplicación de la CDN, por sus Estados Parte y también supervisa la aplicación de los protocolos facultativos²⁴. Este órgano tiene facultades de interpretación auténtica del tratado, lo cual se traduce en la facultad de emitir observaciones generales para coadyuvar al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Asimismo, tiene la facultad de examinar periódicamente el grado de cumplimiento de los Estados en la implementación de la CDN, en los cuales formula recomendaciones específicas para proteger de manera efectiva los derechos de la niñez²⁵.

²⁴ Artículos del 43 al 45 de la Convención sobre los Derechos del niño.

²⁵ El Comité de los Derechos del niño ha examinado al Estado de Guatemala a través de seis informes de país siendo el último el quinto y sexto informe conjunto el 1 de octubre de 2015. En todos ellos ha establecido recomendaciones que son de obligatorio cumplimiento para el Estado



Adicionalmente, existen otros instrumentos internacionales del sistema universal y americano que integran los Derechos del NNA, todos estos instrumentos internacionales se conocen como CORPUS IURIS DE LA NIÑEZ.

3.1. Principios y estándares aplicables

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la Convención sobre los Derechos del niño , forma parte de un conjunto de normas vinculadas -o corpus iuris- de protección de los Derechos del niño, que debe ser considerado al interpretar el significado del Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Artículo VII de la Declaración Americana, los cuales garantizan el Derecho del niño a medidas de protección, cuidado y ayuda especiales que por su condición de sujeto en desarrollo, requieren por parte del Estado e indirectamente por parte de la sociedad²⁶.

A criterio de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es la norma más importante del Sistema Interamericano referida a los derechos de la infancia, dispone que:

“...todo niño tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la forma de interpretar este Artículo explicitando la idea de la existencia de un corpus iuris de los Derechos Humanos de la infancia y la adolescencia²⁷:

“Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera

²⁶ CIDH, Derecho de la niña y niño a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, párr. 32, OEA/Ser.LV/II., Doc. 54/13, 17 octubre 2013. 5.

²⁷ CIDH, Caso de los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.



importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los Derechos Humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el Artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia”²⁸.

Efectivamente, el Artículo 29 de la CADH de derechos humanos establece el principio de progresividad o pro homine en la interpretación de los Derechos Humanos. Esto significa que la evolución de los Derechos Humanos no es estática, sino profundamente dinámica, ya que los Derechos Humanos tienen una evolución constante, en donde se garantizan nuevas dimensiones y se protegen nuevos derechos. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales²⁹.”

Derivado de esta evolución, los tratados internacionales no pueden ser una camisa de fuerza que impida el reconocimiento y protección de nuevos Derechos, de ahí que se establezca en el Artículo 29 de la CADH: que nada de lo dispuesto en un tratado pueda impedir que se apliquen aquellas normas que concedan mayores derechos o garantías a una persona. La interpretación debe hacerse, en consecuencia, conforme a la doctrina del Derecho plus: se aplica siempre la norma que concede mayores Derechos.

²⁸ CIDH, Informe N° 41/99, Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, de 10 de marzo de 1999, párrafo 72.

²⁹ CIDH, Caso de los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193



Como se analizará al abordar el tema de bloque de constitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad ha asentado esta interpretación, a partir de los Artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República, que imponen al juez hacer uso de los tratados e instrumentos internacionales con preeminencia al Derecho interno, en la protección de los Derechos Humanos.

La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que forman parte de las normas aplicables, los instrumentos internacionales que protegen a los NNA, creando el concepto de corpus iuris. Estos instrumentos internacionales incluyen entre otros:

- Los tratados internacionales del sistema universal y regional de Derechos Humanos en materia de niñez.
- Los principios y declaraciones de la comunidad internacional en materia de niñez
- Las decisiones jurisprudenciales emanadas de los órganos de protección de los Derechos de la niñez.
- Las observaciones generales y recomendaciones de los órganos de protección de los Derechos de la niñez.

En síntesis, en la aplicación del sistema de protección de Derechos Humanos se utiliza el concepto de corpus se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los Derechos Humanos de las NNA³⁰.

De esa cuenta, el corpus iuris de la niñez se encuentra integrado, primordialmente por la Convención de los Derechos del niño³¹, pero complementado con otros instrumentos

³⁰ CIDH, Caso de los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192 a 194, y CIDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 57.

³¹ Aprobada por el decreto 27-90 del Congreso de la República el 10 de mayo de 1990.



internacionales, los cuales por virtud del Corpus Iuris de la niñez, tienen fuerza vinculante para los jueces y deben ser aplicados para lograr la más completa y efectiva protección de los Derechos del niño.

3.2. Normas que integran el corpus iuris

3.2.1. Sistema Universal de Derechos Humanos

Tratados, Convenios y Protocolos:

➤ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
➤ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
➤ Convención sobre los Derechos del niño.

Declaraciones en materia de Adolescentes en Conflicto con la Ley penal
<ul style="list-style-type: none">• Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing).• Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)• Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.• Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).• Directrices para la cooperación y la asistencia técnica en la esfera de la prevención de la delincuencia urbana.

La CIDH también considera que forman parte del CORPUS IURIS “las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas (en adelante “Comité de los Derechos del niño”) de las Naciones Unidas en cumplimiento de su



mandato, como la Observación General No. 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores”

Observaciones Generales Del Comité De Derechos Del Niña Y Niño	
Observación General N° 1 (2001)	Párrafo 1 Del Artículo 29: Propósitos De La Educación.
Observación General N°2 (2002).	El Papel De Las Instituciones Nacionales Independientes de Derechos Humanos en la promoción y protección de los Derechos de los NNA.
Observación General N.º 3 (2003).	El VIH/Sida y los Derechos de los niños.
Observación General N° 4 (2003).	La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del niño.
Observación General N.º 5 (2003).	Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos de los NNA. (Artículos 4 y 42 y párrafo 6 del Artículo 44).
Observación General N° 6 (2005).	Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen
Observación General N° 7 (2005)	Realización de los Derechos del niño en la primera infancia.
Observación General N° 8 (2006)	El Derecho de los NNA a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes
Observación General N.º 9 (2006).	Los Derechos de los niños con discapacidad
Observación General N° 10 (2007)	Los Derechos del niño en la justicia de menores.
Observación General N° 11 (2009)	Los NNA indígenas y sus Derechos en virtud de la Convención.
Observación General N° 12 (2009)	El Derecho del niño a ser escuchado.
Observación General N° 13 (2011).	Derecho del niño de no ser objeto de ninguna forma de violencia.
Observación General No.14 (2013)	Sobre el Derecho del niño que su superior interés sea consideración primordial
Observación General No. 15 (2013)	Sobre el Derecho del niño disfrute del más alto nivel posible de salud.



Observación General No. 16 (2013)	Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los Derechos del niño.
Observación General No. 17 (2013)	Sobre el Derecho del niño y la niña al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.
Observación General No. 18 Y Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (adoptadas de manera conjunta. (2014)	Sobre las prácticas nocivas.
Observación General No. 19 (2016)	Sobre Gasto Público y los Derechos del niño (Artículo 4)
Observación General N° 20 (2016)	Sobre la efectividad de los Derechos del niño durante la adolescencia.

3.2.1.1. Observación General 24 (2019) de Naciones Unidas

La observación general sustituye la observación general núm. 10 (2007) relativa a los derechos del niño en la justicia de menores. Refleja los cambios que se han producido desde 2007 como resultado de la promulgación de normas internacionales y regionales, la jurisprudencia del Comité, los nuevos conocimientos sobre el desarrollo en la infancia y la adolescencia, y la experiencia de prácticas eficaces, como las relativas a la justicia restaurativa. Asimismo, se trata de temas que suscitan preocupación, como las tendencias relativas a la edad mínima de responsabilidad penal y el recurso persistente a la privación de libertad.

La observación general abarca cuestiones concretas, como las relativas a los niños reclutados y utilizados por grupos armados no estatales, incluidos los clasificados como grupos terroristas, y los niños en sistemas de justicia consuetudinaria, indígena o de otra índole no estatal.



Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.

Los Estados que forman parte del sistema de Naciones Unidas, por consiguiente tienen la obligación de sujetarse a los principios de la justicia penal juvenil consagrados en la Convención de Derechos del Niño.

Entre los objetivos y alcande la Observación General en referencia, se encuentran los siguientes:

- ii) Aumentar la aplicación, en el caso de los niños, de medidas alternativas a los procesos de justicia formal y su orientación hacia programas eficaces;
- iii) Ampliando el uso de medidas no privativas de la libertad para asegurar que la detención de los niños sea una medida de último recurso;

Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales y que generalmente se denominan medidas extrajudiciales.

La forma preferida de tratar con los niños debe ser la aplicación de medidas extrajudiciales. Los Estados parte deben ampliar continuamente la gama de delitos por los que se pueden aplicar dichas medidas, incluidos delitos grave, cuando proceda. Las posibilidades de aplicar tales medidas deberían estar disponibles lo antes posible tras entrar en contacto con el sistema y en diversas etapas a lo largo del proceso. Las medidas extrajudiciales deben ser parte integrante del sistema de justicia juvenil y, de conformidad con el artículo 40, párrafo 3b), de la Convención, los derechos humanos y las garantías jurídicas del niño deben respetarse y protegerse plenamente en todos los procesos y programas que incluyan medidas de esa índole.



—la fiscalía, en la mayoría de los Estados— deben considerar siempre las posibilidades de evitar un proceso judicial o una sentencia condenatoria, recurriendo a medidas extrajudiciales o de otra índole.

Los principios de la Convención deben incorporarse en todos los mecanismos de justicia que se ocupan de los niños, y los Estados partes deben velar por que se conozca y aplique la Convención. A menudo, las respuestas de justicia restaurativa se pueden lograr a través de sistemas de justicia consuetudinarios, indígenas u otros sistemas de justicia no estatales, y pueden brindar oportunidades de aprendizaje al sistema oficial de justicia juvenil. Además, el reconocimiento de esos sistemas de justicia puede contribuir a incrementar el respeto de las tradiciones de las sociedades indígenas, lo que podría beneficiar a los niños pertenecientes a ellas.

3.2.2. Sistema Interamericano De Protección De Derechos Humanos

Para interpretar el significado, contenido y alcances de los Derechos de los niños en el sistema interamericano, la CORTE y la CIDH señalan en particular los Artículos 19 de la Convención Americana, VII de la Declaración Americana y 16 del Pacto de San Salvador, - los cuales garantizan el Derecho de los niños medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

Convención Americana De Derechos Humanos: Artículo 19

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³²:

Artículo VII:

³² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948



“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales”, debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 16, Derecho de la Niñez:

“Todo niño y niña sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño y niña tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño y niña de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño y niña tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo³³”

Tratados complementarios:

- Convención interamericana para la prevención y sanción de la tortura
- Convención de Belem Do Pará

La Comisión y la Corte han señalado que esta integración del sistema regional con el sistema universal de los Derechos Humanos, a los efectos de interpretar la Convención Americana, encuentra su fundamento en el Artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia.

En el ámbito de las competencias de control y supervisión del Estado, también resultan de trascendencia:

La doctrina dimanante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos y

³³ “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General



- Los mecanismos de supervisión de Naciones Unidas como el Relator de la Niñez de la CIDH.
- Y el Mecanismo Especial de Supervisión de Cumplimiento de la Convención de Belem Do Pará.

En el ámbito de las competencias de control y supervisión del Estado, también resultan de trascendencia:

- La doctrina dimanante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos y
- Los mecanismos de supervisión de Naciones Unidas como el Relator de la Niñez de la CIDH.
- Y el Mecanismo Especial de Supervisión de Cumplimiento de la Convención de Belem Do Pará.

3.3. Principio de control de convencionalidad

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. La doctrina ha denominado a este control difuso "*control de convencionalidad*"³⁴

El control de convencionalidad se realiza por parte de todo el Poder Judicial entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³⁵.

³⁴ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile Sentencia 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C.154, párr.124.

³⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. op.cit.Párr.125.



Cabe agregar que el control de convencionalidad se precisa en dos aspectos:

“Procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten y debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia³⁶”.

De esa cuenta, todos los jueces nacionales “deben” ejercer un control difuso de convencionalidad. Existe una asimilación del concepto de Supremacía constitucional, como instrumento procesal que obliga a los jueces a aplicar la norma constitucional frente a la norma ordinaria para la tutela de los Derechos fundamentales y salvaguarda de la jerarquía normativa de la Constitución, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los Derechos Humanos previstos en los pactos internacionales cuando las normas internas o actuaciones de los Estados violan, limitan o restringen un derecho contemplado en la Convención, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

En este sentido, el “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH, que interpreta dicha normativa.

La doctrina de control de convencionalidad tiene tres importantes manifestaciones:

1. El juez no puede aplicar una ley o norma legislativa que esté en contravención de la Convención o su interpretación a través de la jurisprudencia.

³⁶ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. op.cit.Párr.125.



2. El control es difuso, lo cual implica que el juez debe aplicarlo ex officio, en cada caso concreto que conoce y sin necesidad de invocación de parte.
3. Las decisiones judiciales emitidas en aplicación de una norma contraria a la Convención generan responsabilidad internacional del Estado³⁷.

Esto tiene su asiento en el carácter vinculante y obligatorio, que tienen las sentencias de la CIDH. De conformidad con los Artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la Corte IDH será "definitivo" e "inapelable" y los Estados Parte en La Convención se comprometen a "cumplir la decisión" en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el fundamento principal en el marco del Pacto de San José para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter "firme" y "con eficacia vinculante" en sus términos, por lo que no procede ninguna medida de impugnación y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad.

La "eficacia vinculante" de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria "podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Y también del Artículo 65, *in fine*, de la misma Convención, que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual las recomendaciones pertinentes cuando "un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención

³⁷ Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.



Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la CIDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento, sin que ella signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión.

Este control de convencionalidad se realizó claramente en el caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala*³⁸, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la legislación guatemalteca con relación a los Derechos del niño vigente hasta el año 2000 y específicamente, al cumplimiento del Artículo 19 de la CADH. En este caso, la CIDH evaluó si la legislación guatemalteca vigente al momento de los hechos (código de menores), cumplía con los estándares internacionales en materia de Derechos de la niñez.

Al hacer el análisis sobre dicha normativa, la Corte IDH se basó, entre otros, en el peritaje del experto Emilio García Méndez, quien indicó que:

“El Código (del Menor) expresa la llamada “doctrina de la situación irregular”, que no distingue entre una niña y un niño víctima de la omisión de las políticas sociales que cae fuera de los circuitos institucionales, la escuela, por ejemplo, y el niño y niña sujeto activo de la violencia, con lo cual a ambos se los puede hacer objeto de las mismas medidas en las mismas instituciones. Entonces la policía, al aplicar la ley, está cumpliendo estrictamente con un mandato del Código, por un lado, y por el otro, violando flagrantemente tanto la Convención como la propia Constitución. El Código es una ley profundamente criminalizadora de la pobreza. Esto porque luego de la detención viene la “declaración del estado de abandono”, que es un proceso jurídico por el cual se cortan jurídicamente los vínculos entre la familia biológica del niño. Al no establecer una diferencia entre la familia que realmente expulsa al niño y niña y la que no puede mantenerlo, es técnicamente posible quitarle a una familia un niño y niña por la mera falta o carencia de recursos materiales”³⁹.

³⁸ Corte IDH, Caso de los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

³⁹ Corte IDH, Caso de los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs.. 192 a 194



Al resolver, en la sentencia de Reparaciones, la Corte Interamericana señaló que “el Artículo 2 de la Convención dispone que el Estado está en la obligación de adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos” los Derechos en ella reconocidos... ésta es una obligación que el Estado debe cumplir por el mero hecho de haber ratificado dicho instrumento legal⁴⁰. Así, esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su Derecho interno, de acuerdo con el citado Artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al Artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados.

En cumplimiento de dicha decisión, el Estado procedió a emitir la Ley de Protección de la Niñez y la Juventud, que es una norma que da cumplimiento a dicha sentencia

⁴⁰ Corte IDH Caso Garrido y Baigorria. Sentencia de Reparación, párr. 68.



CAPÍTULO IV

4. Derechos del Adolescente en conflicto con la Ley Penal

Las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del NNA, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los Derechos de los NNA sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.

La Corte reconoce que la Convención sobre los Derechos del NNA ha asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los Artículos 37 y 40.

Las garantías consagradas en los Artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los Derechos específicos que estatuye, además, el Artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún Derecho del NNA.

Es evidente que las condiciones en las que participa un NNA en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los NNA, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento⁴¹.

⁴¹ CIDH. Opinión Consultiva OC-17/02 (2002). Parr.96.



Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación.

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En definitiva, si bien los Derechos Procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los NNA el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos Derechos y Garantías

Derivados del Artículo 8 de la CADH, y su aplicación especial en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal se derivan las siguientes garantías mínimas:

4.1. Juez natural

En aplicación del principio de especialidad a los sistemas de justicia juvenil, todos los procesos en los que estén involucrados niños menores de 18 años deben ser conocidos por un juez especializado en la materia como parte del derecho de toda persona a ser



juzgada por un órgano judicial competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley⁴².

Los Estados deben garantizar que los NNA y mayores de la edad mínima para infringir las leyes penales sean juzgados únicamente por jueces especializados en la materia y no por jueces penales ordinarios

4.2. Presunción de Inocencia

Es aplicable a esta materia el Artículo 8.2.g) de la Convención Americana, que establece:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene Derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”⁴³.

La presunción de inocencia debe leerse en relación con el Artículo 40.2 b) de la Convención sobre los Derechos del niño.

Asimismo, la Corte IDH extrae de la Regla 17 de Tokio:

- Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales.
- En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias.
- Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la

⁴² CIDH. Informe sobre justicia penal juvenil. Párr.162.

⁴³ CORTE IDH. Opinión Consultiva 0C/17-02. PARR.124.



más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible.

- Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

Asimismo, la Corte señala que el principio de presunción de inocencia:

“exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla⁴⁴.”

Además, en los procesos propiamente penales, debe evitarse que los ACLP rindan declaraciones que presenten las características probatorias de una confesión o autoincriminación.

4.3. Derecho de defensa

Para la CIDH, el Derecho a la Defensa de los NNA en el sistema de justicia juvenil está garantizado por el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del NNA. Tras la adopción de este instrumento internacional se superó la idea de que el NNA no necesitaba defensa en tanto el juez asumía la defensa de sus intereses. Bajo el sistema anterior, la defensa era considerada únicamente como un asistente o colaborador del magistrado.

El principio de especialidad también debe ser observado en relación con el Derecho a la Defensa de los NNA, lo que implica que los abogados o asistentes sociales que se designen para su defensa deben estar tanto capacitados en Derechos de los NNA especializados en materia de justicia juvenil.

⁴⁴ CORTE IDH *Caso Cantoral Benavides*, párr. 120.



Se deben proveer todas las garantías del Artículo 8 y 25 de la CADH: incluye varios derechos: contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser escuchado, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos⁴⁵.

También ha señalado que los Estados tienen el deber jurídico de proveer de un defensor de oficio a las personas menores de edad, cuando no tengan defensor particular, en todos los actos procesales y desde el momento en que se les imputa una infracción⁴⁶.

4.4. Principio de contradicción:

El principio de contradicción se encuentra recogido en el Artículo 8 de la Convención Americana en tanto dispone que durante el proceso toda persona tiene Derecho, en plena igualdad, a ciertas garantías mínimas. Esa plena igualdad implica la necesidad de garantizar un verdadero equilibrio entre las partes para la debida defensa de sus intereses y derechos.

4.5. Derecho a ser escuchado y a participar del proceso

La Corte Interamericana indica que los jueces del sistema de justicia juvenil deben tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del adolescente, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso⁴⁷.

⁴⁵ Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, pág. 24.

⁴⁶ Artículo 154. Los adolescentes tendrán el derecho a ser asistidos por un defensor, desde el inicio de la investigación y hasta que cumplan con la medida que les sea impuesta.

⁴⁷ CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 102.



4.6. Derecho de Participación de los padres o responsables en el proceso

La Corte Interamericana se ha referido a la necesidad de notificar a los familiares o responsables del niño cuando éste es sometido al sistema de justicia juvenil⁴⁸.

Al respecto, ha señalado que: [...] la autoridad que práctica la detención y la que se haya a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada⁴⁹.

Más allá de la notificación, se debe aplicar la regla 15.2 de las Reglas de Beijing cuando dispone que:

“Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor.”

No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.

4.7. Publicidad y respeto a la vida privada:

El principio de publicidad del proceso, establecido en el Artículo 8.5 de la Convención Americana, tiene limitaciones especiales en la justicia juvenil, donde debe prevalecer la confidencialidad de los expedientes penales y la prohibición de difundir cualquier información que permita identificar a NNA acusados de infringir leyes penales.

⁴⁸ CIDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparación es y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 130

⁴⁹ CIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 93



En el marco de los procesos penales juveniles debe garantizarse en todo momento el respeto a la vida privada de los NNA acusados. Así lo establecen también las reglas 8.1 y 21.1 de las Reglas de Beijing y la regla 3.12 de las Reglas de Tokio⁵⁰.

4.8. Duración del proceso.

La especialidad del sistema de justicia juvenil tiene consecuencias también en la duración de los procesos. Debido a la edad de los NNA sometidos a esta justicia especializada, las decisiones deben ser tomadas en forma rápida, sin que ello implique negar alguna de las garantías del debido proceso. La importancia de la razonabilidad del plazo de los procesos ante el sistema de justicia juvenil no se limita únicamente a los casos en que se haya privado de libertad al NNA acusado, puesto que, independientemente de las medidas de prisión preventiva, la duración del proceso afecta sus derechos.

Debido a lo anterior, la Corte ha identificado el retardo injustificado en la resolución de los procesos seguidos a NNA, como contrario a las normas internacionales que los protegen⁵¹.

4.9. Doble instancia y Derecho al Recurso

El Derecho a un recurso rápido y sencillo se encuentra garantizado por los Artículos 8.2.h) y 25 de la Convención Americana y por el Artículo 40.2.b.v) de la Convención sobre los Derechos del NNA, según el cual, si se considerare que un NNA ha infringido, en efecto, las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e

⁵⁰ CIDH. Informe sobre justicia penal juvenil. Párr.198.

⁵¹ IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación es y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 215 y 226.



imparcial, conforme a la ley. El Derecho de apelación ante una autoridad superior también está garantizado por la regla 7.1 de las Reglas de Beijing.

4.10. Non bis in ídem y cosa juzgada

Aunque en la Convención sobre los Derechos niño no exista una disposición a este respecto, la Comisión considera oportuno recordar que los NNA acusados de infringir leyes penales están protegidos también por el Artículo 8.4 de la Convención Americana, que establece que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

4.11. Jurisprudencia

En materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, la Corte IDH ha tratado de forma pormenorizada los alcances del artículo 19 de la CADH. Esta norma constituye una obligación estatal que se suma a las generales de respeto y garantía sin discriminación, en aquellos casos en que la persona titular de derechos es menor de 18 años. A partir de este análisis general la Corte IDH ha tratado, además, el tema de los sujetos de protección (definición del sujeto protegido, desarrollo progresivo y situación de vulnerabilidad); el corpus iuris internacional sobre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; los alcances del interés superior de estos aplicado al sistema de derecho convencional interamericano.

Alcance del artículo 19 de la CADH. Obligación del Estado de protección especial al tratarse de niños y niñas.

En relación a lo anterior la Corte IDH, en las distintas sentencias que ha dictado contra los Estados parte ha realizado la interpretación del artículo 19 de la CADH y ha fijado criterio, el cuál se encuentra principalmente en las sentencias que a continuación se citan:

Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 631.



146. La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción [...].

187. El artículo 19 de la Convención establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.

La Corte IDH, respecto al interés superior del niño o de la niña, condición jurídica y derechos humanos del niño, ha emitido criterio en las sentencias, lo cual está sintetizado en la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, que dice:

53. La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar



leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal, la Corte IDH, ha establecido que por su condición de vulnerabilidad deben someterse a procesos especializados, indicando la CIDH lo siguiente:

Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

101. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años [...]. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.



De acuerdo a lo anterior y a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.

En el mismo sentido el Instituto Interamericano del Niño señala que “los niños son inimputables penalmente, aunque a los sujetos de 12 a 18 años que infringen la ley se les somete a una jurisdicción especial [...]. El Estado debe adoptar sobre estas personas una política rehabilitatoria, de manera que los adolescentes que infrinjan la ley “se hacen merecedores de una intervención jurídica” distinta de la prevista por el código penal para los adultos. En particular, deberán establecerse jurisdicciones especializadas para conocer de las infracciones a la ley por parte de niños, que además de satisfacer los rasgos comunes de cualquier jurisdicción (imparcialidad, independencia, apego al principio de legalidad), resguarde los derechos subjetivos de los niños, función que no compete a las autoridades administrativas”.

La Corte IDH, ha sostenido “que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas



atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal.

Garantías en la aplicación del Derecho Penal Juvenil

Como ha sido expuesto es directriz básica del derecho penal juvenil que la aplicación de una pena privativa de libertad sea la última opción, sin embargo, no puede pasarse por alto que esta pena es impuesta. Partiendo de esta realidad es que este apartado se enfocará en delimitar algunas de las garantías que la Corte IDH ha determinado que debe cumplir el Estado ante la restricción del derecho de libertad de un niño, niña o adolescente en un centro penitenciario.

Referentes al tema el Instituto Interamericano del Niño ha dispuesto que “las garantías englobadas dentro del debido proceso deben respetarse en tres momentos:

i. al momento de la detención, la cual debe sustentarse en una orden judicial, salvo casos de infracciones in fraganti, y debe ser ejecutada por personal policial capacitado en el tratamiento de adolescentes infractores, es decir, personal especial;

ii. en el desarrollo de los procedimientos judiciales, tanto los de carácter sustantivo (principios de culpabilidad, legalidad y humanidad), como los de carácter procesal (principios de jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso); y

En el cumplimiento de una medida reeducativa o de internamiento. Esta debe ser supervisada por el órgano competente. En caso de privación de libertad, se debe acatar la prohibición de recluir a niños en establecimientos para adultos, y en general, respetar los derechos del niño a conocer el régimen al cual está sujeto, recibir asesoría jurídica eficaz, continuar el desarrollo educativo o profesional, realizar actividades recreativas, conocer el procedimiento para presentar quejas, estar en un ambiente físico adecuado e higiénico, contar con atención médica suficiente, recibir visitas de sus familiares, mantener contacto con la comunidad local y ser reintegrado gradualmente a la normalidad social”.



CAPÍTULO V

5. Modelo de justicia restaurativa para ACLP

El Artículo 20 de la Constitución de la República de Guatemala establece que los menores de 18 años son inimputables.

Artículo 20.- Menores de edad. Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser recluidos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia

Esta declaración de inimputabilidad debe entenderse de la mano con los tratados internacionales de Derechos Humanos de los cuales Guatemala es signataria, en donde se establece la doctrina de la Protección integral, como lo fundamentan los Artículos 37 y 40 de la Convención sobre los derechos del NNA.

Asimismo, conforme a lo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Villagrán Morales y otros, se exigió que el Estado de Guatemala adecuara su legislación, con el objeto de satisfacer el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre derechos del niño⁵².

La inimputabilidad se entiende como la falta de culpabilidad o capacidad para comprender el carácter ilícito del acto y comportarse conforme esa comprensión. La culpabilidad es el fundamento de la pena, es decir, la sanción que se impone a un sujeto plenamente responsable.

⁵² Corte IDH, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de reparaciones. 2001 Punto resolutivo.



El juicio de culpabilidad está relacionado con las circunstancias personales del sujeto que comete el hecho antijurídico. De esa cuenta, es un juicio que se dirige hacia el sujeto sobre sus capacidades sociales, cognitivas, psicológicas y contextuales, para determinar si se encontraba en condiciones de comportarse conforme a la norma penal.

En el caso de Guatemala, el constituyente ha establecido que las personas menores de 18 años no pueden ser castigados como adultos responsables, es decir, no se les puede imponer una pena como consecuencia de un delito. Esto no significa que haya una ausencia de responsabilidad, únicamente que responsabilidad penal debe aparejar consecuencias jurídicas distintas, conforme una ley especial: La Ley de Protección Integral de la Niñez y Juventud.

El problema de la imputabilidad gira en torno a la consideración del individuo como persona, esto es, como un sujeto dotado de derechos y al que se le pueden imponer obligaciones. Esto es, de un sujeto dotado de autonomía. Se trata, como señala la Constitución de "la dignidad de la persona" y de "Los Derecho inviolables que le son inherentes".

Por ello, la distinción de responsabilidad entre adultos y ACLP, no puede ser construida discriminatoriamente o bajo la idea de inferioridad de los NNA. Los NNA tienen la misma dignidad y derechos que un adulto, solo que existen situaciones ontológicas que lo colocan en una posición distinta. Es un hecho que las NNA (personas menores de 18 años) son distintos a los adultos: son personas que se encuentran en proceso de evolución o madurez, que tienen una mayor vulnerabilidad por las diferencias físicas, de desarrollo cognitivo, educativo y capacidades. Estas diferencias provocan que el NNA esté en una condición de dependencia, frente a los adultos y que para el ejercicio de sus derechos requiera de una protección especial, que es asumida por sus padres, tutores o representantes. En la medida en que evoluciona y adquiere mayores capacidades, el NNA paulatinamente disminuye su dependencia y adquiriendo autonomía para el ejercicio directo de sus Derechos: El principio de autonomía progresiva es el



reconocimiento de este proceso de evolución, en donde se le da mayor participación al NNA en la determinación de sus derechos.

En el caso de la responsabilidad penal, la autonomía progresiva que va adquiriendo el NNA significa que cuanto más capacidades físicas, psicológicas, cognitivas, sociales y económicas tenga, mayor será el grado de exigibilidad a comportarse conforme la norma. Esta es la base de la distinción de los tres grupos etarios:

Irresponsabilidad Penal Plena	hasta los 12 años
Responsabilidad transgresional atenuada	entre 13 hasta 14 años
Responsabilidad transgresional plena	entre 15 hasta 18 años.

La base de esta diversa responsabilidad tiene tanto fundamentos normativos como científicos y culturales. La responsabilidad penal debe entenderse como la aptitud psicobiológica y social que permite exigir a un sujeto que se comporte conforme las normas del deber jurídico. La responsabilidad se entiende como una exigibilidad: es decir, como las condiciones que hacen posible exigir a un sujeto un determinado comportamiento⁵³.

En cuanto a las condiciones psicobiológicas que condicionan la capacidad de motivación del ACLP, existen claros fundamentos neurológicos que demuestran que el cerebro de los adolescentes se encuentra en pleno proceso evolutivo. Estudios neurológicos demuestran que la corteza prefrontal, que es el lugar del cerebro desde el cual se controlan los impulsos y las emociones no llega a desarrollarse plenamente sino hasta los 21 años⁵⁴.

⁵³ Bustos Ramírez, J. Imputabilidad y edad penal. En el Libro Bustos Ramírez, Juan (1987). "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en Control social y sistema penal, PPU, Barcelona.

⁵⁴ OLIVA DELGADO, A. Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia En Revista Apuntes de Psicología, Vol. 30 (1-3), págs. 477-486 Número especial: 30 años de Apuntes de Psicología Universidad de Sevilla. 2012.



Las facultades mentales que dependen del lóbulo frontal son la capacidad para controlar los impulsos instintivos, la toma de decisión es, la planificación y anticipación del futuro, el control atencional, la capacidad para realizar varias tareas a la vez, la organización temporal de la conducta, el sentido de la responsabilidad hacia sí mismo y los demás o la capacidad empática. En los adolescentes, la inmadurez del lóbulo frontal les hace más vulnerables a limitaciones en el proceso cognitivo de planificación y formulación de estrategias, que requiere de una memoria de trabajo que no está completamente desarrollada en la adolescencia⁵⁵

Esto provoca que los adolescentes, como seres humanos en proceso de evolución, tengan un menor control de emociones como la ira, y reaccionen más impulsivamente. El papel que desempeña la corteza prefrontal, en la toma de decisión da indicios de la mayor impulsividad e implicación de los adolescentes en conductas de riesgo relacionadas con la sexualidad, el consumo de drogas o los comportamientos antisociales.

La competencia cognitiva del adolescente experimenta un desarrollo importante durante los años de la adolescencia temprana y media, y muchas de las habilidades de auto control, toma de decisión es habrán alcanzado en la adolescencia media un buen nivel de desarrollo. En este punto, las habilidades de razonamiento lógico de los adolescentes de 15 años son comparables a las de los adultos, y en la mayoría de los estudios se han observado pocos cambios a partir de esa edad, especialmente en la percepción de los riesgos derivados de algunas conductas o en la evaluación de los costes y beneficios de algunas actividades⁵⁶. Sin embargo, a pesar de los avances en competencia cognitiva y en la toma de decisiones detectados en la mayoría de los estudios, los adolescentes que atraviesan la adolescencia media y tardía mantienen su preferencia por la búsqueda de nuevas sensaciones y continúan implicándose en muchas conductas de riesgo.

⁵⁵ OLIVA DELGADO, A. op.cit.pag.481.

⁵⁶ Ibid



La inmadurez de la corteza prefrontal en la adolescencia, sobre todo en su etapa inicial, y la impulsividad que lleva asociada contribuyen a explicar la mayor implicación en conductas de riesgo durante este periodo. Pero hay también otros factores adicionales que contribuyen al comportamiento arriesgado de muchos adolescentes.

Como apuntan muchos estudios los incrementos hormonales asociados a la pubertad tienen como consecuencia la implicación del sujeto en ciertas actividades gratificantes, excitantes o placenteras, tales como la comida, el sexo o el consumo de drogas, provocada por una liberación de dopamina que genera una intensa sensación de placer y motiva al sujeto a la repetición de dichas actividades. Se trata de un circuito neuronal esencial para el aprendizaje, puesto que contribuye a la vinculación entre una conducta y sus consecuencias.

Desde la perspectiva psico-biológica debe entenderse en consecuencia, que, como una parte del proceso de desarrollo evolutivo, el adolescente está expuesto a situaciones de cambios físicos y neurológicos que lo hacen más proclive a asumir

situaciones riesgosas, incluso, acciones delictivas, y que esto forma parte de un proceso de maduración social.

Por otra parte, existen componentes cognitivos y sociales que también son necesarios evaluar: las y los adolescentes tienen niveles de educación y una capacidad de previsión menor, en la medida en que no han culminado sus procesos pedagógicos y por ello, sus niveles de comprensión situacional son todavía limitados y no siempre están en capacidad de prever las consecuencias de sus acciones. Al mismo tiempo, el hecho que muchas de las situaciones que experimente sean totalmente desconocidas para él, provoca que no pueda buscar alternativas de solución a los problemas. En este sentido, al adolescente le falta la experiencia vivencial, que solo se va adquiriendo con los procesos de socialización adultos (trabajo, vida marital, paternidad, etc.) Todas estas



situaciones hacen que la dogmática penal deba construirse a partir de las consideraciones anteriores.

Bajo estas condiciones, resulta de no menor importancia, que el proceso penal de ACLP debe tener claramente funciones socio pedagógicas, que atiendan a la necesidad de complementar y apoyar el proceso de maduración o consolidación de la autonomía progresiva o dicho en otras palabras, una intervención inadecuada del sistema penal, lejos de tener efectos benéficos en el adolescente, puede convertirse en una experiencia catastrófica y que condicione una carrera criminal o destruya el proyecto de vida del ACLP. Derivado de estas diferencias, la ley de protección integral ha establecido tres grupos etarios para efectos de responsabilidad individual:

- a. Menores de 13 años. Los actos cometidos por un menor de trece años, que constituyan delito o falta no serán objeto de este título, la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Dichos NNA serán objeto de atenciones médicas, psicológicas y pedagógicas que fueren necesarias bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados y deberán ser atendidos por los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia
- b. Adolescentes entre 13 hasta antes de 15 años: Se establece un régimen de responsabilidad atenuado, lo cual se manifiesta fundamentalmente en el máximo de pena privativa de libertad que puede decretarse a este grupo etario, la cual se fija en DOS AÑOS. Este régimen diverso del grupo etario (13 a 15 años) está en función de su menor capacidad de culpabilidad o imputabilidad, lo que hace que todas las sanciones deban tener una entidad disminuida y a apreciada de conformidad con este nivel de socialización y madurez
- c. Adolescentes entre 15 a 18 años: Este grupo se entiende que tiene un mayor nivel de responsabilidad, por tener mayores cuotas de educación, madurez y experiencia vital, lo que hace que las sanciones a imponer, especialmente de



privación de libertad, pueda tener una duración máxima de 6 años, siempre en casos extremadamente excepcionales.

En conclusión, doble es el fundamento actual de la responsabilidad penal diversa de los menores de 18 años. Por una parte, se basa en el elemento, que antes de cierta edad no concurre responsabilidad y que, en todo caso, toda intervención punitiva no tendría ningún efecto.

Este aspecto es decisivo respecto a los NNA hasta los 13 años. Por otra parte, y respecto a los adolescentes que superan la edad de 13 años, se funda en la idea político criminal de que la responsabilidad penal del adolescente no tiene finalidades retributivas, ni de prevención especial; su fundamento es socio pedagógica orientado hacia fortalecer su sentido de respeto a los derechos de terceros y el sentido de responsabilidad personal.

Se fundamenta en una política criminal, que tiene como eje central el principio de interés superior del NNA, en donde es necesario y adecuado tomar en consideración los aspectos de bienestar del NNA, su desarrollo de proyecto vital y los mecanismos adecuados para completar un proceso de socialización que conduzcan al adolescente a respetar los derechos humanos de terceros y los valores de respeto y dignidad, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad.

5.1.1. El sistema de responsabilidad penal de protección integral

La doctrina de la situación irregular dio lugar a numerosas críticas derivadas de la inseguridad jurídica y violación de Derechos a que quedaban sometidos los NNA. Esto dio lugar a que, en varios países, los tribunales constitucionales declarasen inconstitucional los códigos o leyes que contemplaban disposiciones referentes a la situación irregular y la imposición de medidas tutelares, pero, violatorias de derechos⁵⁷.

⁵⁷ En España la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 36/1991, de 14 de febrero de 1991, declaró inconstitucional el Artículo 15 de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Dicho



Para Guatemala, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso Villagrán Morales declaró directamente que el Código de Menores vigente en la época de los hechos y basado en la doctrina de la situación irregular, era incompatible con el deber de observar el principio de legalidad y del Derecho a la libertad personal contemplados en la CADH dado que “[...] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)⁵⁸.

En el mismo sentido la CIDH ha indicado:

“La detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia [...]. El Estado no puede privar de libertad a los NNA que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del Derecho a la Libertad personal (Artículo 7 de la Convención). Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona. Los menores que se encuentran en situación de riesgo, esto es, que deben trabajar para ganar su sustento, o que viven en la calle por carecer de un hogar, no pueden ser sancionados por esta situación. Más allá de sancionar a los menores por su supuesta vagancia, el Estado tiene un deber de

Artículo disponía expresamente que los procedimientos dirigidos a corregir a los menores no se sometieran a las reglas procesales vigentes, en manifiesta contradicción con los principios de seguridad jurídica e igualdad consagrados en la Constitución española. La antigua ley de menores era tributaria de la doctrina de la "situación irregular" y ella entraba en conflicto con disposiciones constitucionales básicas reconocidas en favor de todas las personas.

⁵⁸ Caso de los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 131;



prevención y rehabilitación y está en la obligación de proporcionarles medios adecuados para que puedan desarrollarse a plenitud⁵⁹

En materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, la doctrina de la protección integral está orientada hacia un fin pedagógico que es la construcción de un sujeto que aprende a respetar los derechos de terceros y a vivir una vida sin delito. La consecuencia jurídica o sanción debe tener una finalidad edificadora, para construir en los NNA las bases para una vida sin delito. Las otras finalidades punitivas como la retribución o la prevención general deben ceder su lugar al principio de interés superior de los NNA, ya que los intereses sociales y de terceros se subordinan a este interés.

Según la CIDH la doctrina de protección integral es el único modelo que puede admitir a la luz de los derechos de los NNA y de la normativa contemporánea Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce a los NNA como sujetos de derechos y no sólo como objetos de protección.

En congruencia con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias citadas, se propone la creación de un Modelo de Protección Integral basado en cinco grandes ejes, los cuales se describen a continuación.

5.2. Diferenciación:

Se debe diferenciar entre los NNA amenazados o que se les ha vulnerado sus derechos, de los NNA que han infringido la ley penal.

Colocar a quienes tienen menos de 18 años fuera del sistema de justicia penal de adultos.

⁵⁹ CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párrs. 109 y 110.



Y es en ese sentido establecer una responsabilidad penal diversa, con un sistema de sanciones orientado no por principios retributivos, sino de interés superior del niño infractor que privilegia la justicia restaurativa y los fines socio pedagógicos.

Se excluye de este sistema especial a los NNA que se encuentran bajo la edad mínima, antes de la cual se presume que no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

5.3. Debido proceso y legalidad

Debe basarse en el principio de legalidad del Artículo 40 inciso 2º a) de la Convención que señala que no puede imputarse, acusarse o declarar culpable a un NNA , sino cuando ha cometido un acto u omisión prohibida por la ley.

Debe ser la expresión de un sistema de justicia que junto con extender las garantías del debido proceso y de la legalidad penal a la población menor de edad, agregue resguardos adicionales para las personas en proceso de formación que deberían enfrentar a la justicia en una posición a lo menos equivalente a la de un adulto y en lo posible en circunstancias más ventajosas.

5.4. Desjudicialización

Se prevén soluciones alternativas que eviten recurrir a los procedimientos judiciales⁶⁰, respetando siempre plenamente los Derechos Humanos y las garantías legales.

⁶⁰ Según el Comité de los Derechos del niño y niño los Estados Partes tratarán de promover medidas en relación con los niña y niño s de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable” Comité de Derechos del niña y niño (Observación No. 10). Par. 22.



Se privilegiará la concentración del procedimiento, procurando que éste sea breve y ágil, atendidas las características de la percepción del tiempo por parte de los adolescentes.

La desjudicialización o remisión no debe, por supuesto enmascarar un sistema de penas o sanciones. La idea de la remisión es apoyar al adolescente, sin tener que estigmatizarlo con un proceso penal y sin someterlo a medidas de restricción de libertad o que vulneren sus Derechos Humanos.

Por ello, para la aplicación de la desjudicialización se exigen dos condiciones:

- a. Que el NNA dé libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta y
- b. Que se respetarán plenamente los Derechos Humanos y las garantías legales (Artículo 40.3.b de la Convención sobre Derechos del niño).

Derivado de la opción de última ratio, parece congruente que el juez busque primordialmente la desjudicialización del proceso, al momento de decidir sobre un adolescente detenido, en la primera audiencia de declaración. En virtud que el juez debe resolver sobre la situación legal del NNA, se le presentan dos opciones, desjudicializar o someter a proceso. El carácter excepcional del proceso penal juvenil hace que deban privilegiarse las decisiones desjudicializadoras.

Esto es congruente con la regla 10.2 de los principios de Beijing:

“10.2 El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor.

Y la regla del Artículo 40.2 de la Convención Sobre Derechos Del Niño dispone:



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

Conforme a esa premisa, la Comisión Interamericana De Derechos Humanos ha indicado que:

En cumplimiento del Artículo 40 de la CDN, así como en aplicación del principio de excepcionalidad del sistema de justicia juvenil y en respeto de las obligaciones e especiales de protección que se derivan del Artículo 19 de la Convención Americana y del Artículo VII de la Declaración Americana..., los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización⁶¹.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha señalado que:

“a la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la jurisdicción especial para NNA en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, entre otros, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a los NNA sin recurrir a procedimientos judiciales. La Corte explicó que lo anterior procura reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al NNA el ser sometido a un juicio penal⁶².”

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Relatoría sobre los derechos de la NIÑEZ). Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78 13 julio 2011.

⁶² Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 211 y 212.



En ese marco, el Artículo 195 de LPINA dispone de medidas desjudicializadoras, es decir, en donde se prescinde del proceso penal. La virtualidad de estos mecanismos desjudicializadores es que terminan el proceso lo más pronto posible y permiten un tratamiento adecuado y conveniente de la infracción sin dañar al NNA. Estos supuestos deben diferenciarse de los casos, de justicia restaurativa que tienen una función de reconciliación víctima-victimario. Adicionalmente, el CPP permite el uso de la suspensión condicional de la persecución penal, como medida de justicia restaurativa, a partir del artículo 141 de la LPINA.

Por tanto a continuación se desarrollan las medidas desjudicializadoras que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y posteriormente cuando se aborde lo relacionada a la justicia restaurativa, se describirá la conciliación y la suspensión de la persecución penal.

5.4.1. Criterio de oportunidad reglado

El artículo 194 dice: Criterio de oportunidad reglado. El Ministerio Público podrá solicitar al juez que se prescinda, total o parcialmente de la persecución; la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que han participado en el hecho, cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución como partícipe no afecte el interés público.

El criterio de oportunidad reglado, es una facultad fiscal de prescindir en forma absoluta de la persecución penal. También lo puede utilizar el juez de paz, cuando no se encuentre presente el Ministerio Público y se den los dos presupuestos.

Finalidad político criminal

El criterio de oportunidad reglado, ha sido definido como un mecanismo de salida anticipada del proceso, que implica la posibilidad de que cuando el conflicto llegue a la instancia judicial se decida no iniciar un procedimiento respecto del mismo en el caso de



algunas infracciones a las leyes penales⁶³. El caso es desestimado y, por lo general, no da lugar a ningún tipo de respuesta por parte del Estado.

Se debe entender el principio de oportunidad reglado en conjunción con los elementos rectores de la justicia penal juvenil, que favorecen el bienestar del NNA, su reintegración a la sociedad y su no afectación al proyecto de vida.

Se establece que es Principio de Oportunidad Reglado porque se encuentra sometido a control judicial y limitado a ciertos supuestos. En este sentido, es un poco diferente de lo dispuesto en las Reglas de Beijing que establece:

“11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de adolescentes 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”.

La idea es no continuar procesos que no ameritan una intervención ulterior del sistema de justicia por su insignificancia.

Supuestos de aplicación del criterio de oportunidad reglado

Los presupuestos para aplicar el criterio de oportunidad son dos:

- a) La insignificancia del hecho
- b) Lo exiguo de la contribución como participe

En ambos casos, es necesario que no se afecte el interés público.

La ley no define en el caso concreto, que se entiende por insignificancia del hecho o por lo exiguo de la contribución. Pero es entendido que el Criterio de Oportunidad Reglado, puede ser aplicado a cualquier delito, sin importar el quantum o magnitud de sanción.

⁶³ CIDH. Justicia Penal Juvenil.op.cit. pág.



Se puede señalar que la insignificancia es un criterio de interpretación de los tipos penales, que a partir de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, consideran como penalmente irrelevantes aquellos actos que son de escasa gravedad. En estos casos se considera que la lesión al bien jurídico es tan leve que no merece la intervención del derecho penal o no alcanzan el grado de significación para ser considerados punibles.

Ejemplos comunes pueden ser las riñas entre estudiantes; las lesiones en un partido de fútbol, entre otras.

Igualmente, el principio de participación o contribución mínima quiere decir, que el adolescente no realizó una acción u omisión relevante en el hecho. Por ejemplo, simplemente dio información sobre como entrar a una casa: o vigiló la comisión del hecho delictivo, pero no realizó ningún acto material. En estos casos, existiría una mínima participación en el hecho ajeno.

Un caso de insignificancia puede ser un robo en domicilio, en donde el adolescente ha roto una ventana para entrar y se apropia de un Nintendo que tiene un valor de Q.500.00. No existe violencia sobre personas, ni uso de armas, lo que hace que exista insignificancia.

En todo caso, se debe entender que para que exista insignificancia no debe concurrir violencia o intimidación contra las personas. El uso de armas de fuego o similares, en forma directa por el adolescente, impediría la aplicación. Ahora, en los casos de contribución mínima, en donde él no realiza la acción, sino solo contribuye, si podría aplicarse, siempre que no haya ejercido violencia.



Momento procesal para aplicar el Criterio de oportunidad reglado

La decisión de criterio de oportunidad reglado se puede adoptar directamente en la primera resolución y con ello se termina el proceso de manera definitiva. No debe generar antecedentes, ni ninguna otra consecuencia negativa para el adolescente⁶⁴.

No es necesario que exista imputación penal ni auto de procesamiento para dictar criterio de oportunidad. Por lo tanto, puede ser solicitado por el Ministerio Público en cualquier momento procesal. Y aplicando supletoriamente lo dispuesto en el Código Procesal Penal hasta antes del inicio de la apertura del debate.

Consecuencias jurídicas de aplicar el Criterio de oportunidad reglado

Dado que el criterio de oportunidad reglado es una finalización del proceso, sin imposición de cargas o gravámenes hacia el menor, no requiere de su aceptación. Tampoco requiere de la aceptación de la víctima, ni de la reparación del daño. Es una actuación eminentemente discrecional, basada en la insignificancia del hecho, como una situación que hace innecesaria una intervención estatal.

Resulta entonces una desnaturalización de la figura del criterio de oportunidad aplicar las reglas de conducta que están establecidas en el CPP para esta figura, por cuanto el criterio está basado en la mera insignificancia del hecho y no requiere ni reparación ni someterse a reglas de conducta⁶⁵.

⁶⁴ CIDH. Justicia Penal juvenil.op.cit.pág. Esta instancia indica que: En varias legislaciones, este mecanismo de salida anticipada del proceso se ha denominado como principio o criterio de oportunidad. Esta medida implica la posibilidad de que cuando el conflicto llegue a la instancia judicial se decida no iniciar un procedimiento respecto del mismo en el caso de algunas infracciones a las leyes penales. El caso es desestimado y, por lo general, no da lugar a ningún tipo de respuesta por parte del Estado. En el mismo sentido el Comité de derechos del niño en Observación General 10.

⁶⁵ La LPINA habilita la supletoriedad de la legislación procesal penal de adultos, pero siempre que se atienda a la especialidad de la ley, esto excluye la interpretación de utilizar la figura del criterio de oportunidad del artículo 25 CPP que tiene un carácter y finalidades distintas y se asemeja a la remisión de la LPINA.



5.4.2. La remisión

El artículo 193 de la LPINA define la remisión. El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando la acción contenida estuviere sancionada en el Código Penal, con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de participación en el daño causado y la reparación del mismo.

Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellos resolverá remitir al adolescente a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes se continuará el proceso.

En el caso de la remisión, el juez en la primera audiencia puede citar a las partes, cuando exista agraviado determinado. Si en el caso no hay una víctima o agraviado, bastará la participación del agente de autoridad que realizó la detención y en su caso, del fiscal.

Finalidad político criminal

La remisión fundamentalmente busca evitar la medida cautelar de privación de libertad y la remisión hacia programas comunitarios. “La regla 11.1 de las Reglas de Beijing señala que, cuando proceda, se examinará la posibilidad de ocuparse de los adolescentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente. Añade que 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.”



Supuestos de aplicación de la remisión

Los 4 requisitos que se requieren para la remisión son:

- a. La pena mínima prevista para el delito no debe superar los 3 años; esto quiere decir que se puede aplicar la remisión, en aquellos supuestos que tengan penas superiores o máximas que sobrepasan los 3 años. (Ejemplo el delito de hurto tiene una pena mínima de 1 año y aun cuando la superior es de 6 años, y excede se puede aplicar o en el robo, cuya pena mínima es de 3 años, igualmente cabe su aplicación). Un caso típico para aplicar la remisión son los supuestos de posesión para el consumo, en donde se suspende el proceso del adolescente y se le remite a un centro de desintoxicación o tratamiento ambulatorio.
- b. El grado de participación en el daño causado; en este caso, se entiende que el daño realizado no debe ser grave o la participación del adolescente en la comisión del daño es mínima.
- c. Debe existir reparación o acuerdo; el daño debe ser reparado o en todo caso se debe llegar a un acuerdo con las personas agraviadas. La inexistencia del acuerdo impide la remisión del caso.
- d. Debe existir consentimiento informado del adolescente; el adolescente debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando la niña y el niño tenga menos de 16 años.



Oportunidad procesal para aplicación la remisión

Debido en que, en algunas ocasiones, no coincide la audiencia de primera declaración con la audiencia para otorgar la remisión, se debe dejar en libertad al adolescente en estos casos, hasta que se celebre la audiencia de remisión y se resuelva en definitiva su otorgamiento.

Consecuencias jurídicas de la remisión

La remisión efectiva de una niña y un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un “registro de antecedentes penales”, y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de las niñas y niños que tienen conflictos con la justicia.

Como se ha señalado en los comentarios a las Reglas de Beijing:

“La remisión (...) entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de adolescentes (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.”



5.5. Diversificación de sanciones

Las sanciones que se impongan al NNA declarado infractor de la ley penal, deben privilegiar su sentido de responsabilidad, ser constructivas y permitir su reinserción social y deben ser amplias y alternativas a la privación de libertad, la cual solo se utilizará como medida de extrema ratio.

Estas medidas son enunciadas en el Artículo 40.4. CDN: el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los NNA sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

5.6. Desprisionización

La privación de libertad sólo puede ser aplicada en caso de delitos muy graves, con carácter excepcional, de última ratio y por tiempo más breve posibles. De ello se desprende, que aún en los delitos más graves, debe evitarse aplicar sanciones que conlleven privación de libertad para el ACLP y en todo caso, durante el proceso de ejecución debe sustituirse tan pronto sea conveniente y aconsejable, por sanciones de libertad vigilada o asistida.

Estrategia para aplicar justicia restaurativa, con la finalidad de evitar que los adolescentes en conflicto con la ley penal sean privados de libertad; tal como ha dicho la CIDH “son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisión es equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con



especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”

Estos corresponden a una concepción de justicia restaurativa. Los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal se refieren a esta como una respuesta evolutiva al delito que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y la comunidad. Añaden que el proceso de justicia restaurativa es aquél en que la víctima, el delinciente 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.

El Conjunto de Principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia penal establece los parámetros para el uso de la justicia restaurativa y las medidas que deben adoptarse por los Estados Miembro para asegurar de que estos garanticen que los participantes en procesos restaurativos sean protegidos con garantías legales adecuadas.

Los Principios Básicos se refieren a las siguientes garantías fundamentales: el derecho de consulta con un representante legal: La víctima y el delinciente deben tener el derecho de consultar con consejeros legales relacionados con el proceso restaurativo y, cuando sea necesario, a que se les traduzca y/o interprete.

El derecho de los adolescentes de recibir ayuda de un padre o tutor: los adolescentes deben, adicionalmente, tener derecho a la ayuda de un padre o un tutor.

El derecho a estar completamente informados: antes de acordar participar en procesos restaurativos, las partes deben estar completamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de sus decisiones.



El derecho a no participar: Ni la víctima ni el delincuente deben ser obligados o inducidos por medios injustos a participar en procesos restaurativos o a aceptar resultados restaurativos. Se requiere su consentimiento. Los niños pueden necesitar consejos especiales y ayuda antes de poder forjar un consentimiento válido e informado.

La participación no es evidencia de culpa: la participación de un Adolescente sindicado en un proceso de justicia restaurativa no debe usarse como evidencia de admisión de culpa en procedimientos legales subsecuentes (párr. 8).

Los acuerdos deben ser voluntarios y razonables: Los acuerdos derivados de un proceso restaurativo deben acordarse voluntariamente y deben contener solamente obligaciones razonables y proporcionadas (párr. 7) En este punto, la doctrina habla de “reparación en la medida de las propias fuerzas”, pues si la medida que se decide es imposible de cumplir la reparación se tornaría ilusoria.

Por otro lado, la medida de reparación debe tener relación con el bien jurídico dañado, pues se busca “reparar el daño” y además que el joven interiorice el valor del bien jurídico que despreció en el pasado). Esto tiene particular importancia cuando se va a contemplar una medida indemnizatoria, los montos fijados deben ser proporcionales y la reparación tampoco implica un enriquecimiento ilícito para la víctima.

Confidencialidad del procedimiento: “Las discusiones en procesos restaurativos que no se realizan en público deben ser confidenciales, y no deben ser reveladas posteriormente, excepto por acuerdo de las partes o por requerimiento de alguna ley nacional” (párr.14).

Supervisión judicial: “Los resultados de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben, cuando sea adecuado, estar supervisados judicialmente o incorporados a decisión es judiciales o juicios” (párr. 15). Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo valor que cualquier otra decisión judicial. Esto significa que en la mayoría de los sistemas la decisión puede ser apelada por el delincuente y el fiscal.



Falta de acuerdo: Si no se llega a un acuerdo, ello no debe ser utilizado en contra del delincuente en procedimientos penales posteriores. No se incrementa la pena por falta de acuerdo: Si no se llega a un acuerdo en el curso de un proceso de justicia restaurativa (diferente a una decisión judicial o juicio), ello no debe usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos penales posteriores.

5.7. Finalidades Político-criminales de la Justicia Restaurativa

La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones, así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delincuentes. Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. A través de ellos, el proceso en sí mismo a menudo transforma las relaciones entre la comunidad y el sistema de justicia como un todo.

Las metas del proceso pretenden:

- Víctimas que acepten estar involucradas en el proceso de manera segura y salir de él sintiéndose satisfechas;
- Adolescentes transgresores que entiendan como la acción afectó a la víctima y a otras personas, asuman su responsabilidad en las consecuencias de sus acciones y se comprometan a reparar;
- Medidas flexibles, acordadas por las partes, que enfatizan la reparación del daño y, de ser posible, también se ocupen de las razones de la infracción;
- El respeto, por parte de los delincuentes, de su compromiso de reparar el daño, así como su intención de resolver los factores que provocaron su comportamiento; y,



- La comprensión, tanto de la víctima como del delincuente, de la dinámica que llevó al incidente específico, y su obtención de un sentido de cierre y de reintegración a la comunidad.

El objetivo último es lograr que el adolescente comprenda que el comportamiento es inaceptable y reafirmar los valores de la comunidad. El objetivo del proceso de justicia restaurativa, lograr un marco más flexible de comunicación entre el adolescente transgresor y la víctima, tomando en cuenta no solamente las reglas, sino sobre todo las expectativas individuales de la víctima y el delincuente.

Por otra parte, este proceso debe llevar a motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los adolescentes transgresores. El proceso restaurativo está creado para que sea más fácil para los delincuentes asumir la responsabilidad de su comportamiento y sus consecuencias.

Un proceso restaurativo cambia la mera evaluación de la culpa legal por el intento de determinar la responsabilidad en un conflicto y sus consecuencias. Se alienta el reconocimiento activo y la aceptación de la responsabilidad personal del delito y sus consecuencias, en lugar del sometimiento pasivo de la pena impuesta por el juez. En lugar de enfatizar en las normas que se han roto y el castigo que debe ser impuesto, los métodos restaurativos tienden a enfocarse principalmente en las personas dañadas. Un proceso de justicia restaurativa no necesariamente descarta el castigo, pero se enfoca principalmente en resultados restaurativos y directos. El resultado restaurativo de la reparación, en la medida de lo posible, del daño causado por el delito, proporciona al ACLP la oportunidad de realizar una reparación significativa. La justicia restaurativa se basa en las relaciones y se esfuerza en conseguir resultados que satisfagan a un grupo amplio.

En ese sentido, dado que el proceso restaurativo lleva implícito un proceso pedagógico que permite comprender con mayor amplitud el daño causado a la víctima se internaliza mejor el valor de la norma violada, y de esta manera es un mecanismo idóneo para la



reducción de la reincidencia motivando el cambio en los delincuentes particulares facilitando su reintegración a la comunidad.

A continuación, se desarrollan las principales salidas procesales que la legislación penal vigente, establecen para lograr los objetivos de la justicia restaurativa.

5.7.1. La suspensión condicional de la persecución penal

La suspensión condicional de la persecución penal recibe en otras legislaciones el nombre de *probation*, o puesta a prueba del sujeto y constituye un mecanismo a través del cual se interrumpe la persecución penal, sometiendo al imputado a una serie de condiciones durante un tiempo determinado, que, si se cumplen, producen la extinción de la persecución penal. En caso contrario, se reanuda el procedimiento penal. La *probation* proviene del sistema anglosajón, en donde es, en general, una medida autónoma e independiente de cualquier otra que va ligada a la idea de suspensión del pronunciamiento de condena. La idea de la *probation* en los países anglosajones consiste en colocar o someter a un delincuente a prueba bajo la vigilancia de una persona que se esfuerza en ayudarlo a que mantenga una existencia conforme a la ley.

Si bien la LPINA no contiene la figura de la suspensión condicional de la persecución penal, nada impide poder emplearla con base en el Artículo 40 de la Convención de Los derechos del niño y siempre basado en el principio de excepcionalidad del proceso penal. Por supuesto la aplicación de esta figura deberá hacerse a partir del artículo 141 de la LPINA, haciendo las adecuaciones interpretativas necesarias para que cumpla con los principios rectores de la LPINA: Observar el principio de interés superior del niño, ser congruente con el principio de libre desarrollo de la personalidad y proyecto de vida y no suponer una forma de violentar derechos fundamentales.

Por ello, los requisitos de la esta figura no pueden ser interpretados literalmente como están en el CPP, puesto que en este se impone una limitación para delitos sancionados hasta con una prisión máxima de 3 años. Este requisito no es aplicable para adolescentes



pues vulneraría el principio de proporcionalidad. Por el contrario, la aplicación de la suspensión condicional de la persecución penal debe ser reservada a delitos de cierta gravedad, en donde no cabe aplicar ni la remisión, ni el criterio de oportunidad.

Finalidad político criminal

El objetivo principal de esta figura es evitar el desarrollo de todo un proceso, cuando la consecuencia de este posiblemente va a ser la imposición de una sanción de libertad asistida u otra sanción no privativa de libertad. En este sentido, supone una reducción en el trabajo para el Ministerio Público. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en el criterio de oportunidad o en la remisión, este objetivo es secundario.

Como se ha indicado el objetivo fundamental está orientado a evitar la imposición de la sanción privativa de libertad y la permanencia en internamiento del ACLP durante el proceso. Con ello se pretende evitar los efectos negativos de la sanción, en especial, la estigmatización que supone una condena penal y un expediente judicial. Los aportes criminológicos han influido notoriamente señalando el grave inconveniente de imponer penas privativas de libertad, incluyendo la prisión provisional. Como señala contundentemente Luis Gracia Martín: "desde finales del último tercio del siglo pasado se ha ido forjando el convencimiento general acerca de que la pena privativa de libertad de corta duración no es sólo ineficaz, sino que es, además, considerablemente perturbadora". Ya desde *Von Liszt* se afirmaba que "la pena privativa de libertad de corta duración (y la prisión provisional cuando es sustituida) no es sólo inútil, sino que perjudica al orden jurídico más gravemente de lo que lo haría la completa impunidad del delincuente"⁶⁶.

⁶⁶ Gracia Martín, L. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Tiranto Lo Blanch. Valencia, 1998. pág. 232.



En consecuencia, la *probation* constituye el eje de una política criminal que pretende buscar alternativas a sanciones que son socialmente negativas, sustituyéndolas por respuestas estatales que conlleven beneficios tanto para el imputado, como para la víctima. En cuanto al adolescente imputado, por cuanto la *probation* someterá al mismo a regulaciones que pretenden tener efectos resocializadores o rehabilitadores más fructíferos que una sanción tras un largo proceso. El sistema a prueba trata de este modo de evitar los efectos nocivos tanto del proceso, como de la prisión provisional, sometiendo al autor a una serie de obligaciones (control, vigilancia y asistencia) previstas legalmente o impuestas por el Juez durante un determinado tiempo, de modo que la observancia de esas condiciones permite que se extinga la acción penal. Estas reglas de conducta son medidas socialmente orientadas y científicamente individualizadas, con lo cual se pretende evitar la reincidencia. Esto por supuesto sin caer en posturas positivistas ya superadas por la criminología.

Por ejemplo, una persona que ha cometido un homicidio culposo por accidente de tránsito probablemente va a obtener un mayor beneficio de un programa de educación vial, para conocer e interiorizar las normas de tránsito, logrando de esta manera un mayor cumplimiento de las leyes de circulación. Además, ésta regla de conducta evita que el ACLP caiga en la espiral de marginación que produce el internamiento. Con la suspensión condicional del proceso se evita también la prisión provisional, que constituye un importante factor criminalizador.

Frente a la víctima, los acuerdos de reparación que exige la ley permiten obtener mejores resultados de la intervención del sistema penal, que la simple imposición de la sanción. En este sentido, la *probation* también pretende constituirse en un mecanismo de solución de conflictos que, partiendo de los legítimos intereses y expectativas de la víctima, llegue a una efectiva reparación de los daños producidos por el delito. Desde esta perspectiva vale señalar aquí lo apuntado por Roxin sobre los efectos resocializadores de la conciliación penal, tanto para la víctima como para el imputado: “desde el punto de vista político criminal es deseable incluir la reparación en un concepto más extenso, que



persiga como fin la composición autor y víctima y la conciliación y que reciba, por su intermedio, un acento positivo desde el comienzo”.

A parte de los positivos efectos para la víctima, la reparación exhibe importantes beneficios de cara a la prevención especial. Roxin señala sobre este punto que “por medio de la obligación de reparar, el adolescente es provocado a entenderse de los daños causados y con la persona del ofendido de una manera muy diversa a la que correspondería si la víctima permanece abstracta y anónima. Eso puede poner en acto una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización”⁶⁷.

Más allá, la reparación es una prestación social constructiva cuya imposición puede ser vivida por el mismo adolescente – de otra manera que, por ejemplo, la pena privativa de libertad, espontáneamente, como plena de sentido y justa; ella puede, entonces, conducir al reconocimiento del Derecho. Luego la reparación puede acarrear una reconciliación entre ACLP y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente; si esa reconciliación, en el sentido de la prevención integrativa, es premiada por la comunidad, la meta de resolver conflictos por vía de la resocialización se alcanza sin menosprecio” de la prevención general.

Supuestos de aplicación

En el Derecho Penal de adultos, la suspensión condicional de la persecución penal se encuentra regulada por el Artículo 27 del CPP. Este señala que sólo podrá aplicarse en aquellos delitos cuya pena máxima no exceda de los cinco años y en los delitos culposos. En el límite de los cinco años no se aplicarán los aumentos de límite del Artículo 66 del Código Penal. Asimismo, deberán cumplirse, en lo aplicable los requisitos del Artículo 72 del Código Penal.

⁶⁷ ROXIN, C. La reparación en los fines de la pena. En ESER, A, HIRSCH, H, ROXIN, C, CHRISTIE, N. De los delitos y las víctimas. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.pág.153.



Es importante destacar que, por virtud del principio de excepcionalidad, la regla de los cinco años no aplica para el caso de los ACLP. Debe recordarse lo que establece el artículo 141 de la LPINA:

“Leyes supletorias. Todo lo que no se encuentra regulado de manera expresa en la presente Ley, deberá aplicarse supletoriamente la Legislación Penal y el Código Procesal Penal, en tanto no contradigan normas expresas de esta Ley.

Igualmente, lo dispuesto en el artículo 150 de la LPINA:

“Interpretación y aplicación. Este título deberá interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los convenios, tratados, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos aceptados y ratificados por Guatemala y Ley del Organismo Judicial”.

De esa suerte, la suspensión condicional se debe aplicar con criterios de las finalidades político-criminales de impedir efectos negativos en el desarrollo del proyecto de vida del adolescente y como un mecanismo para fomentar su sentido de responsabilidad. Por ello, en estos casos debería de imitarse lo que acontece en otras legislaciones, como en los países anglosajones, donde la *probation* es aplicable a la mayor parte de delitos. “En Gran Bretaña, como sucede en la mayor parte de los Estados Unidos, tan sólo suele excluirse de la *probation* aquellos crímenes a los que corresponden penas fijas (muerte y prisión perpetua)⁶⁸”

En cuanto a los requisitos del Artículo 72 del CP, que se exigen con base en el artículo 27 CPP estos señalan que:

⁶⁸ RODRIGUEZ BARILLAS, A. Mecanismos de Salida del Procedimiento Penal Común. Guatemala, 2001. Pág.47



- a. Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.
- b. Que antes de la perpetración del delito el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante.

Este inciso debe analizarse cuidadosamente en el caso de ACLP, ya que deben ser aplicados utilizando el artículo 141 de LPINA y conforme los principios y valores del corpus iuris de la niñez. En este sentido, el no aplicar este beneficio a quien no ha sido “trabajador constante” puede ser altamente discriminatorio e incluso llevar a consecuencias político criminales contrarias a las pretendidas. Por ello, el requisito de buena conducta ha de referirse exclusivamente al hecho de no haber cometido un delito con anterioridad y en todo caso, a un informe de trabajo social, que determine cuál ha sido su dinámica social y que junto a otros informes del equipo multidisciplinario concluyan que es beneficioso aplicar esta figura penal.

Además, ello podría significar una desfiguración del Estado de Derecho, ya que los adolescentes de “cuello blanco”, que son aquellos que están generalmente en las posiciones socialmente hegemónicas podrían fácilmente sustraerse de la persecución penal, mientras que los sujetos que han padecido las secuelas de exclusión social tendrían una grave dificultad de aplicar para este beneficio. Entender, por lo tanto, que el no haber obtenido un empleo estable es una condición para no aplicar el sistema penal es altamente discriminatorio y una desfiguración del Estado de Derecho, “mediante la creación de un estereotipo criminal que señala los sujetos a criminalizar, incluyendo a los sujetos de estratos inferiores y excluyendo a los sectores hegemónicos”.

- a. **Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles o circunstancias no revele peligrosidad:**

La peligrosidad no puede ser valorada, por tratarse de una característica de la persona y no de un hecho concreto. Ello se agrava si tiene en cuenta la imposibilidad de determinar el contenido del concepto “peligrosidad”. La ley, si bien lo usa, nunca



desarrolla el contenido de este término, quedando al arbitrio del juzgador darle un significado. Esta tarea discrecional vulnera el principio de legalidad, establecido en el Artículo 17 de la Ley fundamental. Por todo ello, haciendo una interpretación acorde a la Constitución, de los requisitos exigidos por el Artículo 72 del Código Penal, el único que es admisible es que el sujeto no tenga antecedentes penales dolosos.

Entenderlo de otra forma sería incompatible con los propios fines políticos criminales de la suspensión condicional de la persecución, pues podría llevar a entender que no cabe aplicar esta medida a los toxicómanos, a ebrios habituales, a drogadictos. Pero debe tomarse en cuenta que la institución de la *probation* surgió esencialmente como un mecanismo de ayuda para personas que enfrentan este tipo de adicciones, los cuales en alguna medida pueden ser consecuencia de la marginación social, y de su vulnerabilidad frente al Sistema Penal.

Por ello en el Derecho Anglosajón se entiende que esta medida tiene como finalidad prioritaria propiciar un tratamiento adecuada a la personalidad del sujeto, y se concibe como una medida de asistencia en interés del delincuente y de la sociedad, que pretende evitar el riesgo de dejar al autor, necesitado de tratamiento, con las carencias de una ayuda social, económica y moral.

Además, para que se pueda aplicar la suspensión condicional de la persecución penal es necesario:

b. Conformidad Del Imputado

El ACLP ha de manifestar su conformidad con la aplicación de la medida. La suspensión de la persecución penal supone una importante restricción de derechos fundamentales en la persona, en especial, porque implica sujetarlo a reglas de conducta que constituyen limitaciones a su libertad. Por ello, la persona debe entender claramente las implicaciones para su vida.



c. Admisión de Los Hechos

El adolescente debe admitir la veracidad de los hechos que se le imputan. Esta admisión no puede nunca valorarse como una confesión. El imputado reconocerá los hechos a los únicos efectos de que se le conceda la suspensión de la persecución penal. En el caso de que finalmente no se diese la suspensión, no se podrá valorar esta declaración, pues posee un carácter meramente formal y, además, el forzar una confesión con la promesa de obtener un beneficio claramente constituye una violación al Artículo 16 de la Constitución.

d. Reparación del daño

Este es un requisito que, además de pretender internalizar en el imputado la existencia de una posible víctima del hecho que se le atribuye, se exige con el fin de brindarle a la víctima la protección que actualmente el sistema penal no le acuerda.

Por ello el ACLP debe haber reparado el daño o comprometerse legalmente a hacerlo. La reparación en estos casos no persigue estrictamente un fin resarcitorio, sino que procura brindar una respuesta a la víctima a través de alguna forma de desagravio frente al daño que pueda habersele causado, como un intento de internalizar en el ACLP imputado el daño causado al agraviado. Por ello la indemnización o pago de una suma de dinero no es la única forma de indemnización, pudiendo las partes válidamente contemplar otras formas de reparación como la compensación de servicios, la reparación de un bien dañado, la restitución de un objeto.

En suma reparar puede consistir perfectamente en dar, en un hacer o en un tolerar algo. Con la misma idea se ha sostenido también que el juez no necesariamente debe tomar las pautas de reparación del daño como se hace en el ámbito de resarcimiento civil por los daños y perjuicios, sino en un sentido más flexible, pudiendo incluso, dadas las circunstancias entender que una disculpa franca y expresa del adolescente aceptada por la víctima resulta ser una reparación razonable o, en caso de conflictos familiares la



promesa de seguir manteniendo al núcleo familiar. El criterio en todo caso en este sentido es la revelación de un sincero afán de solucionar los daños causados por el delito.

En la suspensión condicional de la persecución penal no es necesario el consentimiento de la víctima, aunque indirectamente ésta deberá ser consultada para lograr la reparación del daño causado. En el caso de que la víctima no concurra a las citaciones o se negare a ser reparada, se entiende que renuncia a lograr la reparación por la vía penal, quedándole la reparación por la vía civil, pero ello en ningún caso impide el otorgamiento de la suspensión condicional de la persecución penal. Igualmente, el hecho que la víctima considere insuficiente la reparación ofrecida no impide que se aplique la probation, siempre que el órgano judicial la entienda razonable. La suspensión no podrá ser revocada por el incumplimiento del compromiso de reparación, ya que el Artículo 29 no incluye el incumplimiento de la obligación de reparar como una causal de revocación de la suspensión. Hecho que se confirma con el Artículo 27 cuando señala que la suspensión de la persecución penal no impide el progreso de la acción civil derivada del incumplimiento de los acuerdos entre las partes.

Sin embargo, puede suceder que el juez haya fijado la reparación como una de las medidas de conducta a cumplir, por entender, por ejemplo, que de esta manera se educa al infractor a responsabilizarse por sus acciones. En ese caso, la no reparación sí da lugar la revocación, debido a su carácter de regla de conducta.

e. La Aprobación Del Juez De Primera Instancia

Para decretar la suspensión de la persecución penal es necesario la aprobación judicial. Debe recordarse que en esta medida desjudicializadora sí existe una privación de derechos fundamentales, por lo que las reglas de conducta que se imponen al adolescente sólo pueden ser dispuestas judicialmente. La pertinencia de las reglas de conducta, por supuesto, se encuentran sometidas a control judicial. Podría aplicarse aquí



*mutatis mutandi*⁶⁹ la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos asentada en el caso Winterwerp⁷⁰, para el tratamiento: deber ser necesario, proporcionado, razonable y adecuado para los fines pretendidos, establecido ante autoridad judicial competente, sobre la base de expertajes médicos objetivos y debe presentar un razonable grado de certeza que no puede ser evitado por otros medios. La restricción de un derecho fundamental siempre tiene que ser, por principio sometida al criterio de mínima intervención.

Consecuencias jurídicas de la suspensión condicional de la persecución penal

Como su propio nombre lo indica, el efecto principal de esta figura es la suspensión del procedimiento por un tiempo fijado. Asimismo, el ACLP deberá someterse a un régimen en vías a mejorar su condición moral, educacional o técnica.

El primer punto que determinar es el de su duración. El Artículo 26 establece que el período de prueba puede durar de 2 a 5 años. Este criterio no es absolutamente discrecional, si no constituye un supuesto legal indeterminado, que está condicionado por tres circunstancias:

- a. La gravedad del hecho
- b. El marco penal aplicable al delito imputado y
- c. Tipo de regla de conducta aconsejable y el probable tiempo de duración de la misma.

El criterio principal, es por supuesto, el grado de gravedad del hecho, tanto en cuanto a la afectación real del bien jurídico, como en cuanto al desvalor de acción exhibido por el autor y con relación al marco penal aplicable. Para el caso de los ACLP, el término de prueba debe fijarse tomando en consideración lo supuesto para las reglas de la libertad

⁶⁹ Según la Real Academia Española, *mutatis mutandi* significa: Loc. lat. que significa 'cambiando lo que se deba cambiar': «Lo mismo, *mutatis mutandis*, se puede decir de la cultura».

⁷⁰ Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/34202>

asistida, no pudiéndose sobrepasar los límites de dos años establecida en el Artículo 242 de la LPINA.

Pero, además, la fijación de las reglas de conducta tiene que estar social y científicamente individualizadas, tomando en cuenta las necesidades de tratamiento adecuado a la personalidad para evitar la reincidencia.

Las reglas de conducta aplicables no fueron directamente contempladas por el Artículo 27, por lo que en este caso el juez deberá remitirse al Artículo 25 bis, sin excluir otras reglas pertinentes al caso concreto, para su aplicación:

1. Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez.
2. La prohibición de visitar determinados lugares o personas.
3. Abstenerse del uso de estupefacientes o de bebidas alcohólicas.
4. Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez.
5. Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado, instituciones de beneficencia fuera de sus horarios habituales de trabajo.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si fuere necesario.
7. Prohibición de portación de arma de fuego.
8. Prohibición del salir del país.
9. Prohibición de conducir automotores.
10. Permanecer en un trabajo o empleo o adoptarlo en el plazo que el juez determine.

La suspensión condicional tiene por objeto lograr que el sujeto no cometa nuevos delitos, por lo tanto, las reglas de conducta que deben aplicarse deberán acordes al tipo de hecho que se pretende prevenir. Las reglas se encuentran por tanto condicionadas a que ellas sean, en concreto, adecuadas para cumplir con el fin de prevención especial. Ahora bien, lleva razón Daniel Adler cuando afirma que “cabe la posibilidad de que una persona no necesite ser sometida a ninguna de las reglas de conducta”, por lo cual se puede afirmar que el Código Procesal Penal prevé, como primera alternativa en favor de la



desprisonalización, la aplicación de “la suspensión del juicio a prueba sin reglas de conducta”.

Otra obligación del ACLP es la de no cometer nuevos delitos durante el plazo a prueba. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 29 CPP, si durante el plazo de prueba el suspendido comete otro delito la suspensión le será revocada. No obstante, en base al principio de presunción de inocencia, esta revocación solo podrá darse en el momento en que haya sentencia condenatoria firme por el segundo delito.

Si el ACLP se apartare considerablemente, en forma injustificada, de las condiciones impuestas el tribunal podrá tomar dos opciones:

1. Revocar la suspensión.
2. Ampliar el plazo de prueba hasta el límite de cinco años cuando hubiere fijado originariamente uno inferior.

El juez siempre deberá inclinarse por la segunda alternativa. El Estado deberá agotar las vías para lograr el cumplimiento de las condiciones impuestas, (debiendo en su caso modificarlas) a fin de posibilitar el éxito de esta alternativa a la tradicional tramitación del proceso penal y, en definitiva, a la posible condena (y, en su caso al posible uso de las sanciones privativas de libertad).

Una vez que haya vencido el plazo de prueba, si no se ha revocado la suspensión, la persecución penal se extingue (art 32 CPP).

La suspensión de la persecución penal, a diferencia de la suspensión de la ejecución penal, no genera ningún tipo de antecedente, por no existir sentencia.

El plazo de prueba y el régimen de prueba

El juez debe fijar un plazo máximo de dos años de prueba. Este plazo se suspenderá si el ACLP es privado de su libertad en virtud de otro proceso, pero en el momento en que



recupere su libertad, el plazo seguirá corriendo. No obstante, la declaración de extinción de la acción penal se suspenderá hasta que se resuelva el nuevo proceso incoado contra el beneficiado, ya que la resolución del nuevo proceso podría generar la revocación de la suspensión.

Si bien el plazo de prueba puede ser distinto del régimen de prueba, es lógico que aquel que está en función de éste. De tal manera que el único caso en donde se justificará aplicar un plazo distinto sería cuando no el régimen de prueba tenga una duración menor al de los dos años (por ejemplo, se somete a la persona a ir a un centro de alcohólicos anónimos durante 6 meses). El régimen supone imponerle al suspendido una serie de medidas cuyo fin sea mejorar su condición moral, educacional y técnica (art 28). El plazo de estas medidas variará según su naturaleza, pero nunca podrá superar el fijado en el plazo de prueba.

Oportunidad procesal para solicitar la suspensión condicional de la persecución penal

El procedimiento para la suspensión de la persecución penal se puede pedir en cualquier momento del proceso, e incluso antes que se haya ligado al ACLP. Por eso, una oportunidad idónea para solicitarlo es en la primera declaración, de tal manera que se resuelva en ese momento la situación jurídica del ACLP.

Si no se hiciese en audiencia, el Ministerio Público requerirá al juez de primera instancia la suspensión del proceso. En ese memorial deberá constar la aceptación de los hechos por parte del imputado y la conformidad a la suspensión y a las medidas de conducta propuestas. En el escrito se debe solicitar al juez que fije fecha para la audiencia.

En la audiencia de *probation* el juez oír al Ministerio Público. Posteriormente, informará al imputado sobre las características de la suspensión y las consecuencias del incumplimiento, así como de otras opciones a las que puede recurrir. Acto seguido declarará el imputado, quien debe manifestar conformidad con la medida. Sin más



trámite, el juez decidirá sobre la suspensión y las medidas a aplicar. La resolución del juez no podrá postponerse (art.178 primer párrafo).

Si el juez no admite la suspensión el procedimiento seguirá adelante, por la vía que corresponda (287.2). En ese caso, el Ministerio Público no estará vinculado por la solicitud que realizó para lograr suspensión (art. 465).

5.7.2. La Conciliación en la LPINA

Es un método alternativo reconocido en la legislación guatemalteca en el Artículo 185 De LPINA., que tiene por objeto hacer responsable al ACLP de las consecuencias causadas por su acción. Está basada en principios de justicia restaurativa, en donde se pretende que se reparen los daños a la víctima. Es importante, sin embargo, que el defensor proceda a proteger los intereses de los adolescentes, evitando que se le impongan obligaciones o cargas de reparación desproporcionadas o que conlleven un enriquecimiento indebido de la víctima.

Finalidad político criminal

El objetivo de la conciliación es la de facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración niño en la comunidad. Asimismo, estos mecanismos pueden resultar particularmente eficaces para atender los casos de niña y niños infractores en comunidades indígenas.

La finalidad es resolver el conflicto que existe entre víctima y adolescente, en la forma más temprana posible, de manera que se prescinda del proceso penal. Por ello, se pueden utilizar instancias especializadas en resolución de conflictos para desarrollar el proceso de conciliación y así prescindir del proceso penal desde un inicio.



Supuestos de aplicación

La conciliación procede en todos los delitos siempre que no exista violencia grave contra las personas.

Como se observa el ámbito de la conciliación es bastante amplio en la legislación guatemalteca y no está condicionado por límites temporales de pena. El único requisito es que no haya violencia grave contra las personas. Por eso procedería en delitos incluso de robo agravado, o daños agravados, violación, en supuestos en que no haya existido violencia y otros delitos Graves, pero que no se haya ejercido violencia en las personas.

Para que pueda darse la conciliación se exige “que existan indicios o evidencias de la participación del adolescente en el hecho y no concurren causales excluyentes de responsabilidad”.

Oportunidad Procesal

La conciliación puede ser promovida de oficio por el juez o a instancia de cualquiera de las partes, incluyendo al Ministerio Público. Procede hasta antes del debate ante el juez que esté conociendo. Al igual que en el caso de la remisión, el juez deberá instar a aplicar la conciliación en la primera declaración, asegurando que puedan participar todos los intervinientes. De no ser posible celebrar la conciliación en la audiencia de primera declaración, el juez puede convocar a una audiencia de conciliación, debiendo entre tanto ordenar la libertad del adolescente.

La conciliación también puede celebrarse en sede fiscal. En este caso se indica que El fiscal podrá promover la conciliación y ésta será autorizada por el juez, previa opinión favorable del abogado defensor del adolescente.



En estos casos, no es necesario celebrar la audiencia de conciliación en sede judicial sino basta con presentar al juez el acta de conciliación y que el abogado defensor manifieste que está de acuerdo para que se autorice.

En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño a la víctima o a la parte ofendida, se señalará plazo para su cumplimiento y se constituirán las garantías, si fuera necesario.

El acuerdo de reparación integral

Es importante que el proceso de conciliación no enfoque el acuerdo de reparación desde una perspectiva patrimonialista. Si bien los acuerdos de reparación deben resarcir el daño causado, el componente pecuniario del acuerdo no es lo más relevante, porque el proceso de reparación debe conllevar a un proceso de reflexión del transgresor, que desemboque en actividades personales que efectivamente mitiguen el daño causado.

En ese sentido, el acuerdo se construye a través de metodologías de dialogo en donde se busca que el adolescente escuche de voz de la víctima los daños causados, y llegue a comprender el significado y repercusiones negativas que produjo. Sobre esta base de dialogo se pretende que el adolescente proponga las formas para reparar el daño, que sean factibles desde sus posibilidades personales.

Estas formas de reparación abarcan desde la prestación de servicios personales a la víctima (reparación/ restitución) trabajo en servicio comunitario que sea remunerado para la víctima, con lo cual se garantiza tanto el carácter socioeducativo del programa como la posibilidad de generar recursos a la comunidad; también las peticiones de perdón, público o privado, el reconocimiento del daño y otras medidas de dignificación.

Lo que sería perjudicial para el proceso resocializador, es que la reparación se fijará en una cuantía económica a cargo de los padres o representantes del ACLP.



El proceso de conciliación busca fomentar el sentido de la responsabilidad, por lo cual, cualquier acuerdo de reparación debe imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer de carácter personal por parte del ACLP, orientadas a satisfacer las expectativas de la víctima y con un claro componente de reforzamiento del valor quebrantado por el infractor.

Consecuencias jurídicas de la conciliación

Cuando el adolescente incumpliere sin causa justificada las obligaciones de contenido no patrimonial, determinadas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiese conciliado.

Si se trata de obligaciones de contenido patrimonial, la parte ofendida antes de promover la acción civil podrá pedir al juez que solicite el pago obligado para el cumplimiento de las obligaciones.

5.7.3. La reparación del daño como sanción socioeducativa

El Artículo 244 del LPNA contempla como sanción la Obligación de reparar el daño. Este Artículo la define en la siguiente forma. La reparación del daño consiste en una obligación de hacer del adolescente, a favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño causado o restituir la cosa dañada por la conducta delictiva.

Finalidad Político criminal

En este caso, la obligación de reparar el daño tiene una naturaleza sancionatoria y es impuesta tras un debido proceso legal. Sus objetivos político-criminales son dos:

Por un lado, fomentar el sentido de responsabilidad del Adolescente y el respeto hacia los derechos de terceros.



Por otra parte, evitar que el ACLP sea sancionado con una pena privativa de libertad. En este sentido, es claro que busca una función de prevención general positiva, logrando que el adolescente internalice el valor a través de darle la oportunidad de reparar el daño que causó con el delito. Por supuesto, las otras dos finalidades son importantes: evitar la reincidencia y fomentar la paz social a través de satisfacer las legítimas expectativas de la víctima por el daño causado.

Supuestos de aplicación

Este tipo de sanción no tiene ninguna restricción, es decir, la reparación integral del daño no está limitada legalmente para ningún tipo de delito: en consecuencia, puede aplicarse aún en delitos graves y violentos. El único requisito es que la víctima y el adolescente hayan dado su consentimiento

En este sentido la CIDH ha instado a los Estados a ampliar el uso de medios alternativos de solución de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por los NNA, y observa que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los NNA al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad.

Contenido del Acuerdo de reparación integral

Cuando el adolescente mayor de quince años realice un acto que afecte el patrimonio económico de la víctima, el juez podrá determinar, teniendo especial cuidado en su situación económica, que éste restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño o compense el perjuicio causado a la víctima.

Cuando dicho acto sea cometido por un adolescente de trece a catorce años, el juez podrá también determinar la reparación del daño, quedando solidariamente obligados los padres, tutores o responsables. Sin embargo, en estos casos no se debe olvidar que lo que se está buscando es enfrentar al adolescente con las consecuencias de sus actos, construir al “sujeto responsable”, por lo que la responsabilidad que se traslada a los padres es que, si bien serán ellos quienes harán efectivo el pago, el efecto de aprendizaje



debe ser impartido por los propios padres. El juzgador debe tener en cuenta que la medida de reparación debería significar un esfuerzo para el adolescente no para sus padres. También debe considerarse que la mayoría de los adolescentes que ingresan al sistema provienen de hogares donde no se les han enseñado límites, por lo que la supervisión no debe quedar solamente bajo el control parental.

La ley indica que, si ambas partes acuerdan sustituir el trabajo por una suma de dinero, el juez procederá a fijar la cuantía que se considere equivalente a los daños y perjuicios ocasionados por el delito o falta. Pero debe enfatizarse, en la necesidad que el acuerdo de reparación tenga un contenido educativo para el adolescente, que debe implicar actos reparatorios a cargo del propio adolescente.

Consecuencias Jurídicas

Una vez firme la sentencia, el equipo técnico o profesional responsable de la ejecución deberá elaborar el plan de ejecución de la obligación de reparar. Es deber del juez que dictó la sentencia, velar por el cumplimiento del plan y de que éste sea el resultado de la correcta interpretación de la sentencia.

El juez deberá aprobar el plan y ordenará su ejecución; si el juez considera necesario hacer alguna modificación al mismo, antes del inicio de su ejecución, lo hará saber. Para la aprobación del plan, el juez deberá consultar a su equipo técnico y tiene un plazo no mayor de tres (3) días para resolverla

La sanción se considerará cumplida cuando el juez determine que el daño ha sido reparado de la mejor forma posible. La reparación del daño excluye la indemnización civil. Por ello, el contenido de la reparación debe ser aceptado por la víctima, pues se pretende que la solución del conflicto satisfaga las legítimas expectativas de la víctima y tenga un contenido socio pedagógico para el adolescente transgresor, dentro de márgenes proporcionales a su capacidad y esfuerzo.



CONCLUSIONES

1. En el Sistema Penal actual, la víctima ha sido despojada de su conflicto, es decir el ente acusador como encargado del ius puniendi se adueña del conflicto penal, para evitar la venganza de la víctima y dirige toda su atención a la persecución y sanción del autor del hecho, olvidando las necesidades de protección, respeto y consideración de quien ha sufrido la acción delictiva, de esta manera el Estado enfoca su interés en el adolescente en conflicto con la ley penal, como única manera de controlar el delito.
2. Con la justicia restaurativa se propone la humanización del proceso penal de adolescentes en conflicto, mediante una opción preferencial por las víctimas del delito, olvidadas en el desarrollo del proceso penal tradicional, y se le reconozca la atención negada a la verdad, la justicia, y la reparación de sus daños causados con el delito.
3. El reconocimiento de la justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, debido a los buenos resultados producidos, de acuerdo con el principio educativo, ha llegado a tener gran aceptación dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, comprendiendo dentro de este no sólo a los adolescentes en conflicto con la ley penal, sino también a los adultos.
4. Los principios y obligaciones internacionales que rigen la actuación estatal en la administración de la responsabilidad penal juvenil inciden en la satisfacción de las necesidades de la víctima y la sociedad.
5. Frente a seguir con una idea retributiva del proceso penal respecto a la víctima, mediante sólo la indemnización pecuniaria de carácter civil, ese necesario evolucionar hacia un sistema basado en la justicia restauradora, que procura una reparación integral a la víctima y que a su vez satisface a la comunidad al contener reparaciones de distinta índole, dándole al imputado la oportunidad de resarcir el daño cometido, darse cuenta de las consecuencias de sus actos y fijarse garantías de no repetición.



RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Organismo Ejecutivo, garantizar la ejecución de las políticas públicas, principalmente las de educación, salud, trabajo, vivienda, deporte, arte; que constituyen en primer lugar, derechos de los guatemaltecos y, en segundo, permiten disminuir el grado de vulnerabilidad de jóvenes en riesgo de cometer delitos de manera aislada o como parte de las estructuras de crimen organizado.
2. Se recomienda al ente encargado de la persecución penal, atender esta investigación crítica, en el sentido de que propugna una transformación, no solo de lo normativo, sino además en lo práctico, que sea de efectiva aplicación, y que sustancialmente importe, un cambio de paradigma, atento a las circunstancias que presenta hoy en día nuestra sociedad, que exigen un nuevo sistema de administración de justicia.
3. En un sistema judicial colapsado como el de Guatemala, la justicia restaurativa se presenta como una estrategia de política criminal que tiende a solucionar la crisis externa de la justicia penal, al resultar no sólo un método de resolución de conflictos, sino, además, un mecanismo que busca restablecer el orden social y en algunos casos, la prevención antes de llegar a la comisión de un hecho ilícito, por lo que se recomienda adoptarla como un mecanismo que transformará el sistema de justicia.
4. Se recomienda al organismo legislativo adoptar medidas legislativas que permitan variar la lógica de persecución del delito, su investigación y juzgamiento, siendo la justicia restaurativa un movimiento que pretende recuperar el control de la resolución penal para los actores primigenios del mismo que son el imputado y la víctima.
5. Se recomienda a las instituciones del sistema de justicia penal juvenil, incorporar en todas las fases del proceso, los lineamientos de justicias restaurativa, emanados tanto del Sistema Interamericanos de Derechos Humanos, como del Sistema de Naciones Unidas, como una alternativa al proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal en Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, ALESSANDRO. **Criminología y sistema penal**. Editorial B de f. Montevideo/Buenos Aires, 2004.
- BINDER, ALBERTO. **Política Criminal: de la formulación a la praxis**. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
- BINDER, ALBERTO. **Iniciación al proceso penal acusatorio. (Para auxiliares de la justicia)**. Grafica Sur Editora, Buenos Aires, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. **Imputabilidad y edad penal**. En el Libro Bustos Ramírez, Juan (1987). "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en **Control social y sistema penal**. PPU, Barcelona.
- CRESPO, DEMETRIO. **De nuevo sobre el pensamiento penal abolicionista**. En Cahiers de Défense Sociales. Homenaje a Louk Houlsman, págs. 107-129. Milán, 2003.
- DARENDOR, RALPH. **La sociología mas alla de la utopia**. Tecnos, Madrid, 1966.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE. **Modelos actuales de política criminal**. Centro de publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia. Madrid, 1986. Traducido por el Dr. Marino Barbero Santos.
- UNODC. **Manual sobre Programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal**. 2006
- MARTINSON, ROBERT. **Que funciona preguntas y respuestas acerca de la reforma de la prisión**. The Public interest, 1974.
- UMBREIT, MARK. **Avoiding The Marginalization and "Mc Donalization" of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream**, En Bazemore, Gordon/Walgrave Lode (Editores), Restorative Juvenile Justice, Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999.
- VELÁSQUEZ VELASQUEZ, FERNANDO. **Derecho Penal, Parte General**. Bogotá. 1995.
- RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS. **Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal**. . Editorial Comares, Granada, 2004.
- CIDH. **Condición Jurídica y Derechos Humanos de las niñas y niños**. Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A No. 17, 28 de agosto de 2002.



- CIDH. **Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.** Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.
- CIDH. **Derecho de la niña y niño a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas,** párr. 32, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 54/13, 17 octubre 2013.
- CIDH. **Caso de los niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros).** Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- CIDH. **Informe N° 41/99, Caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras,** de 10 de marzo de 1999.
- CIDH. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile.** Sentencia 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C.154.
- CIDH. **Caso Garrido y Baigorria.** Sentencia de Reparación y costas. 27 de agosto de 1998.
- CIDH. **Caso Cantoral Benavides vs. Perú (sentencia de fondo),** 18 de agosto de 2000.
- CIDH. **Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 211 y 212.
- CIDH. **Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 130
- CIDH. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 93
- CIDH. **Informe sobre justicia penal juvenil.** Párr.198. 7 de septiembre de 2011. Washignton, D.C.
- CIDH. **Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras,** 10 de marzo de 1999, párrs. 109 y 110.
- CIDH. **Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación es y Costas.** Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, pár. 215 y 226.
- CIDH. **Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de reparaciones.** 2001 Punto resolutivo.



COMISION IDH. **Opinión Consultiva OC/17-02. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.** 28 de agosto de 2002.

CIDH. **Informe sobre justicia penal juvenil y Derechos Humanos en las Americas,** 7 de diciembre de 2011.

CORTE IDH. **Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02** del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 102

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Relatoría sobre los derechos de la NIÑEZ. Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas.** OEA/Ser.LV/II. Doc. 78 13 julio 2011.

CORTE IDH. **Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención** (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General N° 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño** (Artículos 4 y 42 y párrafo 6 del Artículo 44).

Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa, Lima, el 7 de noviembre 2009.

GRACIA MARTÍN, L. **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito.** Tiranto Lo Blanch. Valencia, 1998. pág.232.

LARRAURI, ELENA. **Tendencias actuales de la justicia restaurativa.** En: Pérez Álvarez, F. Serta. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca, 2004.

MAIER, JULIO. **El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal Argentino.** En: Maier Julio/Binder, Alberto. El Derecho Penal hoy. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.

OLIVA DELGADO, A. **Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia** En Revista **Apuntes de Psicología**, Vol. 30 (1-3), págs. 477-486 **Número especial: 30 años de Apuntes de Psicología.** Universidad de Sevilla. 2012.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana de Derechos Humanos**, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969



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

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Observación general n° 10.** Los derechos del niño en la justicia de menores (2007).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, Reglas de Tokio (1990)** Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas de la Habana (1990)** Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, pág. 24.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo de San Salvador**, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General

Recomendación No R (87) 20 del Comité De Ministros del Consejo de Europa sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. **Recomendación del Consejo de Europa sobre los nuevos modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de los menores**, adoptada por el Comité de Ministros el día 24 de septiembre de 2003.

ROXIN, C. **La reparación en los fines de la pena.** En ESER, A, HIRSCH, H, ROXIN, C, CHRISTIE, N. De los delitos y las víctimas. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.pág.153.

RODRIGUEZ BARILLAS, A. **Mecanismos de Salida Alternativa del Procedimiento Penal Común.** Guatemala, 2001. Pág.47

DECRETO NÚMERO 27-2003, **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**, Congreso de la República de Guatemala, 2003.

Declaración de los Derechos del niño Aprobada por el Decreto 27-90 del Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo de 1990