

BUENAS PRÁCTICAS PARA UNA JUSTICIA ESPECIALIZADA

II JORNADAS INTERNACIONALES DE JUSTICIA PENAL JUVENIL



Coordinadora: Alejandra Quinteiro



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



**BUENAS PRÁCTICAS PARA UNA JUSTICIA
ESPECIALIZADA**

II JORNADAS INTERNACIONALES DE JUSTICIA
PENAL JUVENIL



www.editorial.jusbaire.gob.ar
editorial@jusbaire.gob.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Buenas prácticas para una justicia especializada: II Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil; coordinación general de Alejandra Quinteiro.-
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2017.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-4057-89-11. Derecho Penal.
I. Quinteiro, Alejandra, coord. CDD 345

© Editorial Jusbaire, 2017

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Marcela I. Basterra

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Fernando Bosch

Fabiana H. Schafrik de Nuñez

Alejandra García

Secretaría de Apoyo Administrativo y Jurisdiccional: Sergio Gargiulo

Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil

Coordinación: Alejandra Quinteiro

Colaboración: María Jimena Lugano

Departamento de Coordinación de Contenidos

Editorial Jusbaire

Corrección: Daniela Donni; Mariana Palomino

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Pablo O. Iglesias; Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso, *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2017

Presidenta

Marcela I. Basterra

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Darío Reynoso

Javier Roncero

Marcelo Vázquez

Administrador General

Alejandro Rabinovich

**Equipo de colaboración para la realización de las II Jornadas
Internacionales de Justicia Penal Juvenil: Buenas prácticas
para una Justicia Especializada**

Mariana Aguilar, Gabriel Bianco, Sofía Dillon, Marcela Gudiño,
Ma. Jimena Lugano, Fernando Macharelli, Lorena Mesiano,
Ezequiel Sandoval, Jorgelina Sanz Cerbino, Ariel Tejeira
y Esteban Sparrow.

Auspicios

Procuración General de la Provincia de Buenos Aires
UNICEF

Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
Ministerio de Justicia de la Nación y Derechos Humanos
(Presidencia de la Nación)

AJUNAF – Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios
y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia
Ministerio Público de la Defensa de la CABA
Ministerio Público Fiscal de la CABA
Ministerio Público Tutelar de la CABA
AABA – Asociación de Abogados de Buenos Aires

Declaraciones de interés

Legislatura de la CABA
Gobernación de la Provincia de Buenos Aires
Ministerio Público de la Defensa de la CABA
Ministerio Público Fiscal de la CABA
Ministerio Público Tutelar de la CABA
Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial
de la CABA –MAFUCABA–

ÍNDICE

HOMENAJE.....	13
AGRADECIMIENTOS.....	15
PRESENTACIÓN	
Por Enzo Pagani y Alejandra Quintero.....	17
APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA JUSTICIA JUVENIL ESPECIALIZADA	
Por Alejandra Quintero.....	21
PALABRAS DE APERTURA	
Por Daniel Presti.....	33
Por Ana de Mendoza.....	37
LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS MINISTERIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES	
JUSTICIA DE NIÑEZ; LA MATRIZ DEL PROBLEMA	
Por Christian Brandoni Nonell.....	41
¿QUÉ ESTAMOS DISPUESTOS A HACER?	
Por Aníbal Oscar Brunet.....	51
LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MANDATO LEGAL Y CONVENCIONAL EN MATERIA PENAL JUVENIL	
Por Rodrigo C. Dellutri.....	57
IMPLEMENTACIÓN, EVALUACIÓN Y CONTROL DE UNA JUSTICIA RESTAURATIVA	
JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL INSTITUTO DE REMISIÓN EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES	
Por Marcelo Vázquez.....	65
JUSTICIA RESTAURATIVA HACIA EL SUR: NUEVOS DESAFÍOS	
Por Ivo Aertsen. Traducción y compaginación de Marta Pascual.....	73

PRÁCTICAS RESTAURATIVAS COMO MODELO EN ZONAS EFECTORAS DEL DELITO Y EN EL TRATAMIENTO DE JÓVENES INFRACTORES A LA LEY PENAL
Por Marta Pascual..... 79

JUSTICIA RESTAURATIVA COMO JUSTICIA: GARANTÍAS, PROTECCIÓN ESPECIAL Y REPARACIÓN DEL CONFLICTO COMO BASE DE LA POLÍTICA CRIMINAL JUVENIL
Por Mary Beloff..... 83

EXPERIENCIAS DE OTRAS JURISDICCIONES EN JUSTICIA RESTAURATIVA

ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL PENAL JUVENIL EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA
Por Fernando Martín Reinas..... 111

CAMINO HACIA LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES - DISTRITO PILAR
Por María Paz Rodríguez Senese..... 123

PANORAMA DE LA JUSTICIA DE JÓVENES EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
Por Rómulo Peñoñori..... 135

TRAYECTORIAS DE VIDA DE DETENIDOS EN LA ALCAIDÍA DE AVELLANEDA*
Por Sofía Aramburu, Alejandra Otamendi, José Moreno y Luciano Noli.. 139

LA IMPORTANCIA DE LOS INDICADORES ESPECÍFICOS EN MATERIA PENAL JUVENIL

REFLEXIONES SOBRE LOS ACTUALES INDICADORES DE LA JUSTICIA PENAL DE MENORES. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS QUE AYUDEN A CONSTRUIR INDICADORES MÁS ÚTILES
Por Claudia Romano Duffau..... 173

* Este artículo reproduce parcialmente el trabajo académico titulado “Condiciones de detención y selectividad penal en la Alcaidía de Avellaneda”, elaborado conjuntamente con Sofía Aramburu, Alejandra Otamendi, José Moreno y Luciano Noli, publicado originalmente en CD: Fridman, S. y Lértora Mendoza, C. (2016), *Bicentenario: evocación y reflexiones: VIII Jornadas de Historia*, Buenos Aires: FEPAL. ISBN 978-950-9262-92-8.

**GESTIONES Y POLÍTICAS DEL PODER EJECUTIVO RESPECTO DE
PROCESOS CON JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL.
ARTICULACIÓN CON EL PODER JUDICIAL**

EL PODER EJECUTIVO EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL	
Por Mariano Kierszenbaum.....	181

**ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERSIALES EN LA APLICACIÓN
PRÁCTICA DE LA LEY N° 2451**

APLICACIÓN DE LA LEY N° 2451, PERSPECTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR	
Por Noris Pignata.....	197

IMPLEMENTACIÓN PROGRAMA PILOTO DE MEDIACIÓN CON JÓVENES INFRACTORES DE LA LEY PENAL EN LA REPÚBLICA DE CHILE	
Por Andrea Collell Ortúzar e Iván Navarro Papic.....	213

NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA PENAL: UNA PERSPECTIVA RESTAURATIVA	
Por Diana Perulero García.....	231

POLÍTICAS PÚBLICAS EN JUSTICIA RESTAURATIVA

SISTEMA PENAL JUVENIL. PARTICULARIDADES Y DESAFÍOS	
Por Jorge Enríquez.....	251

PALABRAS DE CIERRE

Paula Lagos.....	259
Martín Casares.....	263
Enzo Pagani.....	269

HOMENAJE

Esta obra contó desde el inicio con el impulso del Dr. Enzo Pagani, quien fue Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta su fallecimiento, el 29 de marzo de 2017.

Cuando le expresamos la necesidad de publicar los aportes de los prestigiosos expositores que concurrieron a las “II Jornadas Internacionales en Justicia Penal Juvenil: Buenas Prácticas para una Justicia Especializada”, inmediatamente nos brindó su apoyo incondicional y nos alentó a proponer la aprobación de este libro al Consejo Editorial, que también integraba en ese momento.

Durante su mandato, el Dr. Pagani no sólo fue mentor y propulsor de una justicia más transparente y accesible a todos los ciudadanos a través de las distintas actividades que desarrolló con entusiasmo y dedicación, como los programas de acceso a la justicia y su descentralización, sino que también demostró un compromiso constante en la consolidación de la autonomía porteña.

Y aunque las palabras no alcanzan para agradecer la calidad humana y la bondad del Dr. Pagani, hoy nos permiten recordarlo y saber que está presente.

Alejandra Quinteiro

AGRADECIMIENTOS

La Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Poder Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires agradece la presencia en las “II Jornadas Internacionales en Justicia Penal Juvenil: Buenas Prácticas para una Justicia Especializada” de los magistrados, funcionarios y empleados locales como de la Justicia Nacional de Menores del Poder Judicial de Nación.

A los jueces/zas, fiscales y defensores/as del fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, y a todos los operadores del sistema penal juvenil, la asistencia y contribución a las Jornadas.

Asimismo, queremos destacar y agradecer la participación de todos los expositores que han transitado en los distintos paneles y han dejado sus experiencias y saberes, tanto del orden local, nacional, provincial como internacional.

A todos los auspiciantes y las declaraciones de interés por habernos acompañado.

Por último, a la Editorial Jusbaire, especialmente a la Dra. Alejandra García, por permitirnos la publicación de este libro, apostando nuevamente a nuestra propuesta y apoyando la iniciativa del área penal juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, haciéndolo extensivo a Fabiana Cosentino y Gerardo Filippelli.

PRESENTACIÓN

Desde el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires tenemos el agrado de hacerles llegar la compilación de las ponencias efectuadas en el marco de las “II Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil: Buenas Prácticas para una Justicia Especializada”, realizadas los días 14 y 15 de noviembre de 2016 en la Legislatura Porteña y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, respectivamente. La coordinación fue llevada a cabo por la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil dependiente de este organismo.

Hemos abordado las mencionadas jornadas desde una perspectiva restaurativa, cuya característica principal radica en balancear las necesidades de la comunidad, de la víctima y del joven en conflicto con la ley penal, la promoción del diálogo y la participación activa de todos los que se encuentran involucrados en el proceso, como así también prioritariamente desde la perspectiva del principio de especialidad con características específicas que se adapten a las necesidades de los adolescentes. La aplicación de prácticas restaurativas conlleva a una reducción significativa de la carga procesal, que optimiza el funcionamiento del sistema de justicia.

El estándar de especialización implica la existencia de órganos judiciales con una capacitación específica, ya sea que se trate de los operadores del proceso penal –jueces, fiscales, defensores, asesores tutelares– como de todas las personas que trabajen en el marco de la Justicia Penal Juvenil. Este principio también se aplica a los operadores no jurídicos que participan en el sistema penal juvenil, respecto de los que también se exige una capacitación especializada.

Para eso, tuvimos la satisfacción de convocar a profesionales de otros países en la temática, tales como el Dr. Ivo Aertsen –Bélgica–, quien es Director del Instituto de Criminología de Lovaina y coordinador de la carrera de investigación ‘Restorative Justice and Victimology’; la Dra. Diana Perulero García, oriunda de España, quien trabaja con el estatuto de la Mediación como resolución alternativa de conflictos; y la Dra. Andrea Collell Ortúzar, proveniente de Chile, que

expuso sobre un programa piloto de mediación con jóvenes infractores en dicho país.

Por otro lado, contamos con la presencia del Poder Ejecutivo, tanto de la Provincia de Buenos Aires como de Nación, la Lic. Pilar Molina (a cargo del organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires), y el Dr. Mariano Kierszenbaum (Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia). También participaron funcionarios y magistrados de la provincia de Buenos Aires, quienes han compartido su práctica desde el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, sus leyes de aplicación –Nº 13298 y 13634–, y las políticas públicas relativas a los niños, niñas y adolescentes. También nuestros jueces especializados como los representantes de los tres (3) Ministerios Públicos existentes en la Ciudad nos han ilustrado en relación a nuestro procedimiento local.

No queremos dejar de destacar que tuvimos el placer de contar con la presencia de la Dra. Mary Beloff, profesora, investigadora y referente en materia de infancia, destacada por sus valiosos aportes para la concreción de reformas legislativas, tanto en Argentina como en diferentes países de América Latina, quien es, entre otras cosas, una de las precursoras en la promoción de nuevos sistemas penales juveniles basados en el respeto y el efectivo cumplimiento de todos los derechos y garantías procesales para todos aquellos jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

Los expositores convocados a estas Jornadas Internacionales han hecho especial hincapié en que todos los actores que participen en la temática penal juvenil deben estar especialmente capacitados para abordar todas las cuestiones que se susciten dentro de un procedimiento penal juvenil, llevando a la reflexión y generando un espacio enriquecedor frente a los desafíos actuales.

Con respecto a la Ciudad de Buenos Aires, en el año 1998 se sancionó la Ley Nº 114 de “Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires”, la cual en su artículo 11 enumera las garantías procesales de los niños, niñas y adolescentes, y es previa a la sanción de la Ley nacional Nº 26061, “Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”.

En lo referente al procedimiento penal juvenil, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con una ley procesal especializada; la Legislatura Porteña

sancionó, en el año 2007, la Ley N° 2451 “Régimen Procesal Penal Juvenil”, que resulta aplicable dentro del ámbito local a todos los adolescentes que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad no cumplidos al momento de ocurrir los hechos materia de una investigación penal.

Por su parte, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, conforme lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial a los fines de dar cumplimiento con las normas internacionales –puntualmente en lo que respecta a la especialización de todos los operadores del Sistema Penal Juvenil–, dispuso por resolución N° CM 93/2014 “establecer que los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas nro. 3 y 11, ejerzan la competencia en materia penal juvenil en los términos del artículo 42 de la Ley 7”.

Desde la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil nos encontramos realizando distintas capacitaciones de todos los operadores técnicos que intervienen en el proceso penal juvenil, a fin de hacer efectivo el principio de la especialización. En función de ello, se dispuso la realización de las mentadas Jornadas Internacionales.

Hemos trabajado intensamente para alcanzarles y poner a disposición de todo aquel que quiera empaparse de este material actualizado en materia penal juvenil, el que contempla temas actuales, novedosos e interesantes. Entendemos que resulta un aporte fundamental para todos aquellos que quieran capacitarse en la temática.

Desde el Consejo de la Magistratura seguiremos avanzando para continuar con la capacitación continua de magistrados, funcionarios y empleados de todos los actores involucrados en la Justicia Penal Juvenil, a fin de continuar pensando, desarrollando y ofreciendo nuevas herramientas que nos permitan hacer nuestra labor bajo las normativas locales, nacionales e internacionales que traten sobre la justicia de niños, niñas y adolescentes.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
23 de marzo de 2017

Enzo Pagani
Presidente del Consejo
de la Magistratura CABA

Alejandra Quinteiro
Oficina de Apoyo
a la Justicia Penal Juvenil

APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA JUSTICIA JUVENIL ESPECIALIZADA

Por Alejandra Quinteiro*

Desde el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de las competencias tendientes a “garantizar la eficaz prestación del servicio de administración de justicia” y lograr la satisfacción de las demandas sociales, y en cumplimiento de la función institucional que nos compete y de los derechos y deberes consagrados en nuestra Carta Magna, tratados internacionales y leyes especiales, iniciamos la tarea de dar cumplimiento al principio de especialidad que debe regir todo sistema de responsabilidad penal juvenil.

En ese marco y con la sanción de la Ley N° 2451,¹ que regula el Régimen Procesal Penal Juvenil, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene una ley procesal especializada en materia de infancia, que apela a mecanismos que minimizan la intervención penal y potencia la construcción subjetiva de la responsabilidad del joven que ha infringido la ley, mediante la incorporación de vías alternativas de resolución de conflictos: mediación penal y remisión.

Conforme lo resuelto por el plenario del Consejo de la Magistratura de la CABA en julio del año 2014, y luego de realizarse la pertinente capacitación de los operadores del sistema penal juvenil² –jueces,

* Docente de la Facultad de Derecho de la UBA. A cargo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA. Ex Fiscal para actuar ante el fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro, Distrito Pilar. Coordinadora del libro *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia* (Editorial Jusbaire), y autora del libro *Los Adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires. Sus derechos y garantías* (Editorial Jusbaire). Autora de distintos artículos relacionados con la materia.

1. Ley N° 2451, 03/10/2007.

2. Res. N° 200/2013, Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

funcionarios y personal–, se estableció que dos (2) de los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas –Juzgado N° 3 y N° 11–³ ejercieran la competencia en materia penal juvenil en los términos del artículo 42 de la Ley N° 7, habilitando para ello una Secretaría Penal Juvenil en cada juzgado con personal especializado e incorporando, de esta manera, el principio de especialización de los órganos judiciales en la materia. Ello en virtud de que el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires establece la especialidad de los magistrados y su cláusula transitoria postula que, hasta tanto sean creados los juzgados, fiscalías y defensorías con competencia específica en materia penal juvenil, serán competentes los actuales integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Ciudad, previa capacitación de los magistrados y funcionarios que intervengan en causas con jóvenes en conflicto con la ley penal.

Con el surgimiento de nuevos paradigmas en materia penal, surge la justicia restaurativa como un tipo de justicia centrada en la dimensión social del delito, que busca restaurar el lazo social dañado por la acción delictiva a través de un proceso de reparación y acercamiento entre víctima e infractor y con la intervención de la comunidad.

CONTEXTO HISTÓRICO DEL SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa tiene sus raíces en comunidades originarias que han preservado sus usos y costumbres, adoptando como forma de resolver aquellos conflictos que dañan sus relaciones interpersonales a través de prácticas en las cuales, quienes se han visto involucrados en la infracción, se convierten en protagonistas del desenlace de las infracciones cometidas.

Existe una corriente de pensamiento que cuestiona fuertemente el sistema penal tradicional, sobre todo sus efectos negativos y el escaso logro de los fines de la pena. Así surgen nuevas formas de solución de conflictos que no siguen las estructuras tradicionales de los procedi-

3. A cargo de la Dra. Carla Cavaliere y el Dr. Marcelo Bartumeu Romero, respectivamente.

mientos en materia penal, esto es: la sanción o “castigo” como respuesta. Es allí donde encuentran mayor desarrollo las prácticas de “justicia restaurativa”, o también llamada “justicia reparadora”.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y al surgimiento de la Organización de Naciones Unidas, comienzan a desarrollarse cada cinco años Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. Los primeros congresos, en lo esencial, sentaron las bases para la construcción de la corriente restaurativa en materia penal. Se analizaron, entre otras cosas, las relaciones entre delincuencia y desarrollo social; y se reconoció que la prevención del delito debía basarse en las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas de los países. Así se comienza a vislumbrar la necesidad de disponer de un sistema de justicia, desde la prevención del delito hasta la etapa de ejecución de penas, dentro del cual los protagonistas del conflicto tengan una participación efectiva tendiente al desarrollo de sociedades pacíficas.

JUSTICIA RESTAURATIVA: ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sostiene que

Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones surgidas del delito, a menudo con la ayuda de un tercero justo e imparcial. Ejemplos de procesos restaurativos son la mediación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.⁴

Por ello, se considera que dentro de las características especiales que debe tener el sistema de Justicia Penal Juvenil, los procesos de justicia restaurativa han pasado a ser importantes alternativas a los procesos tradicionales de enjuiciamiento, y adquirieron un rol protagónico en la complementariedad de los procesos más formales en el Derecho Comparado.

4. Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, número 12/2002. “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”, Anexo I, Definiciones.

La experiencia de muchos países muestra que la mayoría de las víctimas y de los infractores toman parte del proceso de justicia restaurativa, si se les ofrece dicha oportunidad, y que la aprecian. Consideran que el proceso restaurativo es mucho más justo y humano que el proceso ante los tribunales, ya que se ha demostrado que reducen significativamente el miedo al crimen entre las víctimas y disminuyen la reincidencia, tanto en la comisión de contravenciones o faltas como delitos.⁵

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no hace mención expresa al término “justicia restaurativa”, ya que el concepto surge posteriormente a su redacción, podemos inferir su regulación en lo normado en el artículo 40 (tercer inciso b).⁶

El contenido de los mecanismos de justicia restaurativa, así como los momentos procesales para su aplicación, las consecuencias o efectos que se derivan de las decisiones y cumplimiento de los acuerdos arribados, son cuestiones relativamente novedosas.

Estas prácticas intentan dar respuestas al delito de un modo más constructivo que aquellas brindadas por el sistema punitivo tradicional, y contribuyen a lo que se conoce como prevención terciaria, planes diseñados para evitar que los adolescentes entren innecesariamente en contacto con el sistema de justicia. De esta manera, los procesos “restaurativos” constituyen un paradigma que enfatiza la reparación, y quiebra los principios de la justicia ordinaria, la cual se basa en el pronunciamiento de sanciones que se extienden, incluso, hasta la privación de la libertad.

Además, los procesos restaurativos generan una participación fundamental de la comunidad en la construcción de la respuesta al delito. En este sentido, la aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos con adolescentes imputados penalmente parece ser una alternativa propicia para generar en ellos la responsabilidad por sus propias acciones, y la conciencia de las consecuencias ante los demás, favoreciendo una postura activa –tanto de la víctima como del ofensor– en su reparación.

5. Masters, Guy, *Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la justicia restaurativa*, Seminario Adolescentes Infractores, Privación de Libertad y Soluciones Alternativas, Santiago de Chile, 2002.

6. Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1989. Art. 40, tercer inciso 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”.

JUSTICIA RESTAURATIVA EN EUROPA

Bélgica

Bélgica es uno de los países europeos que guarda más experiencia en justicia restaurativa, como nuevo paradigma para afrontar los conflictos penales. Este enfoque restaurativo busca lograr una respuesta más equilibrada ante los procesos delictivos.

Los estudios sobre los sistemas punitivos reflejan el excesivo uso de la pena de prisión, pese a sus reconocidas limitaciones a la hora de cumplir con las funciones rehabilitadoras que se le exigen. Para el grupo de investigación de la Universidad de Lovaina –Bélgica– era necesario un enfoque integral que tuviera en cuenta a la víctima, al ofensor y a la sociedad. Bajo este enfoque –restaurativo–, la prisión debe ser el último recurso pero, cuando el encarcelamiento sea inevitable, se deben arbitrar los medios para que la víctima, la persona encarcelada y el contexto social que los rodea, puedan buscar una manera constructiva de resolver su problema.

Para los autores del programa piloto “Restorative prisons” de la Universidad Católica de Lovaina, en Bélgica, los valores restaurativos pueden aplicarse a lo largo de todo el proceso penal, desde la investigación penal preparatoria hasta la fase de ejecución de la pena. Afirman que, pese a parecer una contradicción en sus propios términos, las prisiones restaurativas son posibles.

El fundamento principal radica en que la justicia restaurativa es un conjunto de valores y principios guías para el sistema jurídico, que busca lograr un equilibrio entre los tres principales actores de los conflictos: las víctimas, los ofensores y la comunidad. En este punto, sostienen que es necesario contemplar al delito como un proceso interrelacional y evaluar cómo impacta en los seres humanos, asumiendo que el hecho de infracción es sólo el hito inicial de un largo proceso en la vida de los actores implicados.

En Bélgica, la justicia restaurativa se aplica a todos los delitos y en todas las etapas del proceso, incluso en la ejecución de la sentencia. Consideran que se puede mediar en situaciones complejas ya que la intencionalidad es reparar el daño, más allá de la sanción judicial impuesta. Además de trabajar con el agresor, consideran que sería im-

portante comenzar desde las necesidades de las víctimas, viendo cómo experimentan el proceso. Los programas de concientización sobre las víctimas consisten en espacios de reflexión sobre las posiciones, perjuicios y consecuencias que afrontan las víctimas de delitos.

España

La mediación en el ámbito penal es uno de los métodos de justicia restaurativa más utilizados. En España se aplica tanto en delitos cometidos por adolescentes como en algunas experiencias con adultos. Se encuentra regulada bajo los principios de la justicia restaurativa cuyo objetivo principal es que el infractor se responsabilice del hecho cometido, sea consciente de las consecuencias y exista un encuentro entre infractor y víctima, llegando a un acuerdo para reparar el daño. Además, en este modelo de resolución de conflictos, la víctima encuentra un lugar donde ser escuchada y de expresión a nivel emocional ante el daño ocasionado; todo ello permite orientar el conflicto hacia la reeducación y la reinserción.

La reparación en el ámbito jurídico penal se considera como el restablecimiento del orden jurídico perturbado por la comisión del hecho delictivo. En este sentido, existen varias clases de reparación, que se podrán aplicar a los procesos restaurativos con ciertos matices: reparación económica, reparación de los perjuicios personales y morales, y reparación de actividad.

La idea de reparación es amplia; abarca no sólo a la víctima sino también a la sociedad y a la comunidad en general, y contribuye a atender las necesidades de estas víctimas en sentido amplio, entendiendo que el proceso reparatorio va más allá del hecho delictivo; apunta a reparar lo que justicia restaurativa entiende por delito: la violación de las relaciones, con miras a crear vínculos y prácticas más saludables en la comunidad.

JUSTICIA RESTAURATIVA EN AMÉRICA LATINA

Actualmente, en Latinoamérica los poderes del Estado encargados de impartir justicia parecen estar avanzando hacia nuevas definiciones de respuestas, que tienden a reconocer y recorrer caminos comunicantes que se vinculan con movimientos participativos generadores

de respuestas, movimientos restaurativos con base comunitaria y popular. Por ejemplo, en Chile desde hace más de una década se ha iniciado un profundo proceso de modernización, llevando a la incorporación del sistema de justicia penal de los mecanismos restaurativos o reparadores como la mediación penal u otros instrumentos, que permiten la participación efectiva de los directamente involucrados en el conflicto penal y su comunidad de apoyo. A través de políticas públicas, se ha ampliado la oferta de resolución de conflictos e incrementado el acceso a la Justicia.

En nuestro país, de la mano de las modificaciones a los códigos procesales penales, comenzó en diferentes provincias como Buenos Aires, Mendoza, Chaco, Neuquén y Río Negro, un cambio fundamental en la clave de intervención ante un caso penal judicializado, lo que implicó reformulaciones, mutaciones y nuevos roles, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Tal es el caso de la provincia de Neuquén, donde desde hace ya algunos años se viene desarrollando un programa de mediación penal juvenil, implementado a través de un convenio de colaboración suscripto entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo provinciales.

La Ley Provincial Integral a la Niñez y Adolescencia N° 2302⁷ contempla la mediación como alternativa para todo tipo penal, en tanto no realiza ninguna distinción, ya que se adscribe a la idea de que existen “casos no mediables” y no “delitos no mediables”.

Esta ley se encuadra en el principio de oportunidad, contemplando expresamente la mediación en el marco de una justicia restaurativa; en tanto que la solicitud de archivo de la causa judicial tomará en cuenta, entre otras cosas, la reparación del daño causado o el compromiso de reparación asumido por el joven, las consecuencias del hecho, el contexto familiar y social de aquel y el pronóstico sobre el logro de los objetivos de mantenimiento o fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

En la provincia de Buenos Aires podemos destacar la sanción y puesta en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, la que se erige como un cuerpo normativo respetuoso de las imposiciones constitucionales relacionadas con la situación de las niñas, niños y

7. Ley N° 2302, 1999.

adolescentes en conflicto con la ley penal; así también, la puesta en marcha del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en la provincia de Buenos Aires. Puede afirmarse sin dudas que la provincia de Buenos Aires cuenta con un Régimen Procesal Penal Juvenil⁸ que no sólo prevé las distintas garantías constitucionales que obligatoriamente deben existir en el juzgamiento penal de toda persona en un Estado de Derecho, sino que también establece las que necesariamente deben primar en el juzgamiento de las personas menores de 18 años de edad,⁹ en consonancia con lo regulado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. También cuenta con órganos de justicia con competencia especializada en materia penal juvenil, integrados por el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, el Juzgado de Garantías del Joven, la Fiscalía y la Defensoría para actuar ante el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil.

HACIA UNA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA CIUDAD...

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con un Régimen Procesal Penal Juvenil que se aplica a todas las personas que tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad, no cumplidos al momento de ocurrir el hecho materia de una investigación penal. Dicha herramienta procesal, en su artículo 25, establece la sanción privativa de la libertad como *ultima ratio*, y en todo su texto nos marca la búsqueda de una solución alternativa. Esta normativa cumple con los más altos estándares en materia de Justicia Penal Juvenil y tiene como objetivo la prevención, educación y toma de conciencia, para evitar así repetir conductas infractoras.

Se plasma en la Ciudad un perfil de justicia restaurativa, al introducir mecanismos alternativos y criterios de oportunidad. El fin será resolver el conflicto penal entre los jóvenes infractores y sus víctimas o perjudicados, y llegar a la composición de las partes con la intervención de profesionales de otros campos científicos, contando siempre con el control de legalidad de los órganos judiciales.

8. Ley N° 13634, 28/12/2006, Complementaria de la Ley N° 13298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.

9. Arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para lograr dichos fines se encuentran regulados los institutos de remisión¹⁰ y mediación penal.¹¹ Estos brindan al adolescente la posibilidad de reflexionar acerca de su conducta transgresora, sobre las consecuencias de esta y reparar los daños causados de diversos modos posibles. La aplicación de estas prácticas es muy positiva y se refleja en los bajos índices de reincidencia.

También contempla la suspensión del proceso¹² a prueba que, en el caso de jóvenes en infracción a la ley penal, es distinta a la aplicación en mayores de edad, atento que ella podrá ser aplicada aun cuando el delito imputado sea susceptible de sanción con pena privativa de libertad en centro especializado, teniendo en miras el principio del interés superior, su reinserción social, su protección integral y con la finalidad de mantener y fortalecer sus vínculos familiares y sociales, teniendo como norte la desjudicialización y la mínima intervención judicial en pos del interés superior del niño.

La característica principal del nuevo régimen penal juvenil de la CABA frente al proceso penal de adultos consiste en las nuevas formas de resolución de conflictos que no siguen los lineamientos tradicionales en materia penal. Este tipo de prácticas se conoce como justicia restaurativa o reparadora. Se basa en la idea de resolución de conflictos sociales y no en el concepto tradicional de delito.

Podríamos definir la justicia restaurativa como

Una puesta cara a cara de la víctima y de la comunidad afectada por el ilícito con los ofensores, en un proceso informal, no adversarial y voluntario, que se desarrolla en situación de seguridad y que normalmente provee el modo de determinar las obligaciones restaurativas.¹³

Privilegia la noción de integración social a la de rehabilitación institucional, se modifica la noción de castigo por la de sanción y se fortalece la noción de responsabilidad. Se pretende sostener un proceso de desjudicialización o, en su defecto, de intervención mínima.

10. Ley N° 2451, 2007, art. 59.

11. Ley N° 2451, 2007, arts. 54 a 58.

12. Ley N° 2451, 2007, art. 76.

13. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 84-85.

Para trabajar sobre el enfoque restaurativo, desde la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA hemos ido generando vínculos con diferentes entidades, fomentando la reciprocidad de múltiples experiencias a nivel nacional, regional e internacional. Emprendimos la tarea de convocar a profesionales de distintos países, con el objetivo de conocer sus experiencias, intercambios y avances en la materia, asimismo con aquellos que ya han puesto en marcha el modelo de justicia restaurativa desde hace varios años.

En ese contexto, los días 24 y 25 de septiembre del año 2015 se realizó la Primera Jornada Internacional de Justicia Penal Juvenil “Buenas Prácticas para una Justicia Especializada”, en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la UBA, junto con la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia (AJUNAF), y con el apoyo de Unicef y de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (AIMJF).

La realización de las Jornadas nos brindó la oportunidad de habilitar espacios de intercambio y debate acerca de la evolución en materia de Justicia Penal Juvenil. También nos permitió contar con nuevas herramientas que sirvan a la formación profesional de nuestros equipos de trabajo, como así también propició la reflexión sobre cuáles deben ser las buenas prácticas para una mejor Justicia Penal Juvenil.

Continuando en este nuevo enfoque, y habiendo resultado sumamente productivas y enriquecedoras las primeras, es que organizamos estas Segundas Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil: “Buenas Prácticas para una Justicia Especializada”.

La realización de esta última ha sido una experiencia invaluable y única para el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que permitió no sólo continuar capacitando a nuestros operadores judiciales en cuestiones sumamente novedosas vinculadas al proceso penal juvenil y las salidas alternativas al proceso, sino también dando a una gran cantidad de asistentes la posibilidad de tomar conocimiento a través de las distintas exposiciones de las prácticas y experiencias en justicia restaurativa.

Ha sido nuestro desafío poder incorporar en estas últimas jornadas todas las voces que intervienen en el proceso penal juvenil; para ello, resultó de suma importancia la integración de un panel propio del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, quienes cuentan no

sólo con un fuero especializado sino también con un procedimiento de responsabilidad penal juvenil, compartiendo sus experiencias de más de ocho años de vigencia del fuero especial.

Por último, en atención a las reconocidas personalidades que disertaron en las Segundas Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil: “Buenas Prácticas para una Justicia Especializada”, y su alto nivel académico, resulta de gran interés la publicación de las ponencias de los disertantes, debido a que se abordaron temas actuales relacionados con la problemática de los procesos penales seguidos a jóvenes en infracción a la ley penal y la necesidad de implementar la justicia restaurativa como solución de conflicto.

PALABRAS DE APERTURA

Por Daniel Presti*

Buenas tardes a todos los presentes y bienvenidos a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es un placer para mí poder compartir esta mesa de apertura con Ana de Mendoza, representante adjunta de UNICEF Argentina, y con la Dra. Magdalena Giavarino, Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Jornada que se desarrollará durante el día contará con cuatro paneles cuya temática será la Justicia Penal Juvenil, además de la presentación del libro *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad de Buenos Aires*.

Al hablar de Justicia Penal Juvenil parece importante realizar una breve mención acerca de las normativas con las que contamos para el ámbito penal juvenil. Desde el año 1990 adherimos como país a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de la ONU bajo la Ley N° 23849, la que en su articulado establece un punto específico sobre “Torturas y privación de la libertad”.

Allí se hace referencia a que no se podrá imponer la pena capital ni prisión perpetua a los niños, sumado a que la privación de la libertad debe utilizarse como último recurso y por el menor tiempo posible. En el caso de que se alegue que un niño ha infringido las leyes penales, lo ideal debe ser evitar la institucionalización del niño y privilegiar otros métodos de resolución de los conflictos.

En nuestra Ciudad, la Ley N° 2451 de Régimen Procesal Penal Juvenil, sancionada en 2007, establece aspectos fundamentales del proceso

* Legislador en la Ciudad de Buenos Aires. Presidente de la Comisión de Justicia. Integrante de las Comisiones de Seguridad, Asuntos Constitucionales, Planeamiento Urbano, Presupuesto y Hacienda.

Abogado con estudios de posgrado en Derecho Penal y Ciencias Penales. Se desempeñó como Subsecretario de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia y Seguridad del Gobierno de la CABA. También fue Secretario Federal en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 7 de la CABA.

penal enfocado a imputados menores de edad. Esta ley se refiere a los menores de entre 16 y 18 años de edad no cumplidos; por lo tanto, toda persona menor a 16 años no será punible.

Establece que la imposición de la pena será el último recurso utilizado, ya que la privación de la libertad posee el carácter de excepcional y por el menor tiempo posible, estando prohibida la perpetuidad de la pena. De haber condena se deberá efectuar en centros especializados que cumplan con las reglas de las Naciones Unidas para la “Protección de los Menores Privados de la Libertad” (Res. 45/113). Mientras que la prisión preventiva también se dará con carácter excepcional y con un máximo de 60 días corridos, siempre y cuando por el delito imputado se estime primeramente que no procederá una ejecución condicional.

Se fijan como medios alternativos para la resolución del conflicto la mediación y la remisión, salvo en los casos dolosos de delitos contra la vida, delitos contra la integridad sexual y el caso de lesiones gravísimas dentro del seno familiar. Estos métodos procederán por requerimiento del Fiscal Penal Juvenil. La finalidad última será la reconciliación de las partes y la reparación del daño causado y promover judicialmente la autocomposición del conflicto.

Es nuestra responsabilidad hacer el máximo esfuerzo y trabajar en materia de prevención para que los niños eviten cometer delitos y se dediquen exclusivamente a estudiar para su futuro y jugar como todo niño, ya que tienen el derecho de hacerlo.

A su vez, las Leyes N° 26061 y N° 114 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires, respectivamente, complementan a los artículos 22 y 23 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

La justicia restaurativa se basa en que tanto la víctima como el/los condenado/s participen para resolver de la mejor forma las consecuencias derivadas del delito. Se busca que haya una efectiva reparación del daño sufrido por la víctima.

El objetivo es que los condenados asuman su responsabilidad y las consecuencias de sus actos al mismo tiempo que la víctima es escuchada sobre la forma adecuada a llevar a cabo para la efectiva reparación del daño causado. De esta manera, se arriba a un resultado más conveniente para la víctima, ya que se enfoca principalmente en las per-

sonas dañadas, escuchándolas y resarcido el daño producido. Como así resulta beneficioso para el condenado, ya que se intenta llegar principalmente al reconocimiento activo de su responsabilidad y el acarreo de las consecuencias derivado de sus actos ilícitos, aunque no se descarta supletoriamente otras formas de castigo como la privación de la libertad.

La ley penal juvenil avanza, pero es necesaria una mayor profundización en su implementación para cumplir con los derechos de los menores; la sociedad exige respuestas y para ello es necesario y fundamental el equilibrio social. Estas Jornadas son muy importantes para debatir las diferentes ideas y, así, poder escoger las herramientas que servirán en el futuro.

PALABRAS DE APERTURA

Por Ana de Mendoza*

Estimados miembros del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, entidades organizadoras, autoridades nacionales, de la Ciudad de Buenos Aires, autoridades provinciales, miembros de los distintos poderes judiciales, operadores que trabajan día a día en esta temática, y todo el público presente.

Para UNICEF, el fortalecimiento de un Sistema de Justicia Penal Juvenil acorde con los estándares internacionales es una de las principales prioridades de trabajo del Programa de Cooperación 2016–2020.

Un sistema alineado con la Convención sobre los Derechos del Niño debería ser un sistema de justicia que tenga realmente un carácter especializado en niñez, con conformación interdisciplinaria, con todas las garantías del debido proceso legal, donde se promuevan las medidas alternativas (tanto al proceso judicial y a la privación de la libertad) en la que se trabaje fuertemente con justicia restaurativa y en el que la privación de libertad sea el último recurso. El objetivo debe ser la prevención y el foco debe estar en trabajar fuertemente con el adolescente en la construcción de un proyecto de vida alejado del conflicto con la ley penal.

Tal como señala la Convención sobre los Derechos del Niño y la normativa internacional, la privación de la libertad debe ser el último recurso. Por ello, es fundamental trabajar para lograr esa finalidad. Se sabe de las repercusiones negativas que tiene la privación de la libertad y cómo esta afecta al cumplimiento de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes, quienes, a pesar de estar privados de libertad, deben seguir teniendo los mismos derechos que todos los niños y niñas que no lo están. Sin embargo, es sabido que los centros de detención no son en general lugares adecuados que pueden garantizar el cumplimiento de todos esos derechos. Por ello es fundamental

* Representante Adjunta de Unicef Argentina.

buscar alternativas que sirvan para insertar al adolescente en un nuevo proyecto de vida alejado del conflicto con la ley penal, y con egreso acompañado para poder desarrollar sus potencialidades.

Existe un consenso generalizado en que las medidas alternativas que se utilizan en la Argentina están poco sistematizadas y que para poder promoverlas es importante, en primer lugar, conocerlas, demostrar que son efectivas, que tienen un valor socioeducativo y que sirven para el motivo que las convoca, que sería justamente poder restaurar el conflicto con la ley que tienen esos niños, niñas y adolescentes.

En ese sentido, cuando se hace referencia a medidas alternativas, resulta necesario entender el sistema judicial de manera amplia, implicando no solo a jueces, fiscales, defensores, asesores y todos los operadores del sistema judicial, sino también a los operadores del sistema de protección, porque es necesario dar un buen seguimiento y demostrar que efectivamente las medidas alternativas que se adopten son adecuadas y cumplen con el cometido por el que fueron tomadas. Es decir, el sistema de protección y el de Justicia Penal Juvenil deben trabajar altamente articulados.

Esperamos que estas Jornadas permitan intercambiar buenas prácticas en justicia restaurativa y que sean útiles para ampliarlas, replicarlas y mejorar su efectividad en todo el país.

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS
MINISTERIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE
BUENOS AIRES**

JUSTICIA DE NIÑEZ, LA MATRIZ DEL PROBLEMA

Por Christian Brandoni Nonell*

Cuando cumplí 6 años, mis padres se divorciaron y comencé el doloroso recorrido de muchos niños que pasan por la misma situación. También descubrí ciertos beneficios, como la competencia de mis padres por tener mi afecto, la especulación que hacía entre uno y otro, y los manejos que permitían aliviar las penitencias frente a malas notas. Un mal día en segundo grado, tuve la desgracia de oír, dos veces, la dichosa frase “traiga el cuaderno de comunicaciones”. Cuando a la tarde la paciencia de mi viejo explotó al grito de “por qué te portás mal”, bastó con decir: “porque te separaste de mamá” para dejar zanjada toda discusión y someterlo a la preparación de la avena con leche y canela.

Pero no todo era color de rosas para alguien como yo, porque a veces la sangre llegaba al río y mis padres se reunían en un bar a charlar sobre “mí”. En general nada bueno deparaban esas charlas y ahí mis especulaciones y manejos caían por peso propio y se terminaba la impunidad. Casi siempre las conclusiones terminaban en amenazas del tipo “te vamos a mandar a un colegio pupilo”. Si bien no entendía mucho qué significaba eso ni sus alcances, sabía que no era bueno y acomodaba mi comportamiento por las siguientes semanas.

Soy un convencido de que esas charlas del café de mis padres han sido las que marcaron la diferencia, porque eran una forma de acordar la puesta de límites de su hijo y eso es lo que me ha destacado. Todos los que hemos logrado armar una vida acorde con nuestro proyecto, que hemos tenido la suerte de estudiar, de avanzar, se lo

* Defensor Oficial del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA con competencia especial no exclusiva en Penal Juvenil. Entre los años 2012 y 2014 fue Director de la Revista “Justicia Porteña” de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la CABA. Es especialista en “Investigación científica del delito”. Actualmente cumple funciones como Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la CABA.

debemos exclusivamente al esfuerzo de nuestros padres y estos al de los suyos y, en definitiva, a cada uno de nuestros antepasados. Somos el resultado del esfuerzo de generaciones de familia que han logrado evolucionar a la descendencia transmitiendo la necesidad y las herramientas del progreso. No tenemos prácticamente ningún mérito personal, solamente la obligación de transmitirlo a la futuras generaciones y de aprovechar las oportunidades que tenemos.

Esas oportunidades son las que no han tenido los jóvenes que hoy viven en nuestras cárceles. Si hubiesen sido criados en familias como la mía, seguramente el presente sería distinto.

¿Pero dónde está la respuesta a la marginalidad y la cárcel? ¿Es la falta de oportunidades? ¿Es la pobreza? Creo que no, porque considerar que los pobres cometen delitos por ser pobres, es faltarle el respeto a la enorme mayoría de personas de bajos recursos que se desviven en la crianza y cuidado de sus hijos.

Lo que hace la diferencia es el consumo de droga. El mal del presente que, sumado a la vulnerabilidad de ciertos sectores, pone a los niños a merced de los narcos, sometiéndolos a la marginalidad y cercenando toda posibilidad de desarrollo.

Son los barrios humildes donde el Estado permanece más ausente, con menos presencia y mayor tolerancia, en los que los niños muchas veces quedan solos, porque los padres están trabajando, o son una familia monoparental, donde pasan enorme cantidad de horas por día en las partes comunes de los barrios que son los lugares elegidos por los narcos de poca monta para cooptar a sus futuros esclavos, en donde empieza la degradación del individuo.

Veamos algunos números que dan cuenta del problema.

► Sistema penitenciario argentino a 2014

Capacidad	Población alojada	Sobrepoblación	Porcentaje sobrepoblación
66.239	68.407	2.168	3,3%

Esto nos indica que la Argentina tiene una capacidad de alojamiento de detenidos de 66.239. El Sedronar tiene una capacidad que no llega a los 300 cupos (me fue imposible conseguir el número preciso por negativa del organismo). ¿Dónde está poniendo el esfuerzo el Estado?

A 2011, de los adolescentes judicializados solamente el 10% estaba estudiando y el 15% estaba trabajando, el resto no tenía ninguna ocupación formal.

El consumo de sustancias psicoactivas entre la población de jóvenes judicializados nos da una visión amplia sobre las causas del problema, cuando concluye que el 84,7% de los adolescentes consumió alguna sustancia ilícita, y el 90% consumió alcohol, la sustancia lícita que es la puerta de entrada a las drogas.

Prevalencia de vida	Total
Tabaco	86,7
Alcohol	90,4
Tranquilizantes con prescripción médica	7,0
Tranquilizantes sin prescripción médica	25,0
Estimulantes con prescripción médica	0,8
Estimulantes sin prescripción médica	5,7
Marihuana	81,9
Cocaína	50,2
Pasta base/Paco	14,8
Solventes/Inhalables	19,1
Éxtasis	1,3
Alucinógenos	4,8
Ketamina	1,5
Otras drogas	4,0
Alguna droga ilícita	84,7

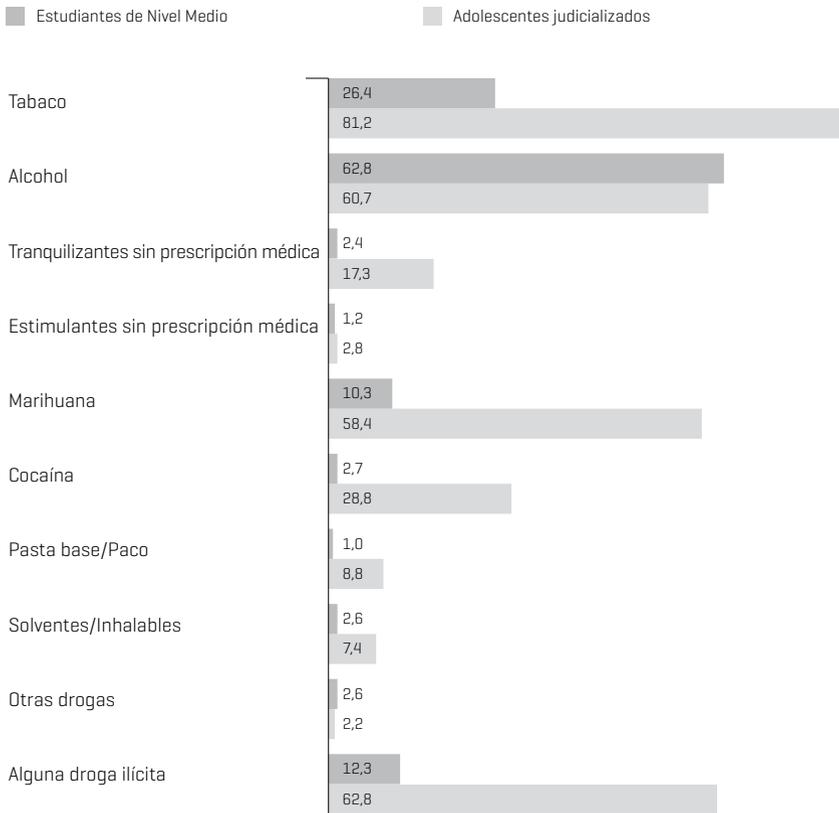
Ahora bien, si analizamos la edad en que se inició el consumo de drogas en los jóvenes que cometen conductas delictivas, el panorama empieza a parecer más claro, como indica el siguiente cuadro:

Tipos de sustancias	Edad promedio
Tabaco	13
Alcohol	14
Tranquilizantes con prescripción médica	15
Tranquilizantes sin prescripción médica	14
Estimulantes con prescripción médica	14
Estimulantes sin prescripción médica	14
Marihuana	14
Cocaína	14
Pasta base/Paco	14
Inhalables	14
Éxtasis	16
Alucinógenos	16
Ketamina	16
Otras	14

Un joven que a los 14 años empieza a consumir marihuana y alcohol; ¿qué chances tiene de completar sus estudios secundarios?

Es a partir del consumo de estas sustancias que se produce el quiebre entre los jóvenes que tienen familias más contenedoras, cualquiera sea la clase social a la que pertenecen y los que tienen familias más desintegradas o con menos recursos para contener a los jóvenes. Vale mencionar que muchos padres también son víctimas de este flagelo.

El siguiente cuadro muestra la diferencia que hay entre los estudiantes de nivel medio y los judicializados en cuanto al consumo de sustancias psicoactivas:



Esto demuestra que, a excepción del alcohol, que lógicamente los estudiantes de nivel medio lo tienen como la sustancia mayoritaria de consumo, los jóvenes judicializados superan por amplio margen el consumo de sustancias que los que están escolarizados.

Esto deja dos interpretaciones: que los chicos que van a la escuela se drogan menos y que los que no van, se drogan más; y también que muchos chicos que deciden consumir dejan el colegio porque no pueden sostenerlo y que los que mantienen la escolaridad están un poco más lejos de un consumo problemático. En el cuadro que sigue, vemos la prevalencia del consumo de sustancias en los jóvenes judicializados:

Prevalencia de vida	Grupos de edad			Total
	13-15 años	16-17 años	18-19 años	
Tabaco	96,2	86,4	83,8	86,7
Alcohol	98,1	91,5	83,7	90,4
Tranquilizantes con prescripción médica	0,0	8,3	5,5	7,0
Tranquilizantes sin prescripción médica	10,4	27,0	24,2	25,0
Estimulantes con prescripción médica	0,0	0,5	2,4	0,8
Estimulantes sin prescripción médica	0,0	6,0	6,7	5,7
Marihuana	78,3	82,0	83,0	81,9
Cocaína	21,7	49,9	63,1	50,2
Pasta base/Paco	24,5	14,4	11,9	14,8
Solventes/Inhalables	5,7	21,1	17,9	19,1
Éxtasis	1,9	0,9	2,4	1,3
Alucinógenos	3,8	4,6	6,0	4,8
Ketamina	1,9	1,5	1,2	1,5
Otras drogas	0,0	5,4	1,6	4,0
Alguna droga ilícita	86,8	83,7	87,4	84,7

Es apabullante que el 86% de los jóvenes hoy judicializados hayan consumido sustancias psicoactivas entre los 13 y los 15 años. He aquí la respuesta al interrogante que diera al principio de esta presentación. Los jóvenes delinquen por ser adictos.

Estamos frente a un problema de salud mental y no un problema jurídico penal. El camino que se busca para “luchar contra la inseguridad” es errado. Por más policía, cárceles, juzgados, baja de edad en la imputabilidad para punir que se busque, si no se entiende la base del problema, no tenemos un principio de solución.

Al inicio vimos cómo el Estado aplica mucho más esfuerzo a penar que a prevenir conductas surgidas a partir de un consumo problemático de sustancias. Y también vemos una enorme cantidad de personas que cometen delitos contra la propiedad y son pobres, no tienen nada. Se pasan la vida cometiendo delitos y jugándose la vida y la libertad y

no son dueños de nada, y eso pasa porque por lo único que cometen actos delictivos es para saciar su necesidad de consumo.

Estamos frente a un problema de salud mental. No es al sistema penal al que le corresponde buscar la solución a los conflictos actuales de seguridad. El sistema penal tiene escasas herramientas, de hecho, tiene una sola, y es un martillo con el cual inflige dolor. No tenemos más, algunos buscan aplicar esa herramienta y otros buscamos aliviarla, pero trabajamos en torno a la privación de la libertad. A otros les compete trabajar las causas de por qué los jóvenes llegan al delito pero esos organismos no lo hacen. Transformamos al sistema penal de la *ultima ratio* a la única *ratio*.

Cuando eso pasa, cuando el que debe ocuparse no lo hace, todo recae en el sistema de justicia penal y es ahí donde la sociedad pide soluciones, sin entender que estamos trabajando sobre las consecuencias, no sobre los orígenes, y que la prevención del delito surge desde otro lugar. Todos preferimos que nadie nos mate en un robo a que si lo hacen los culpables vayan presos.

Cuando hablamos de vinculación psicofarmacológica entre delito y consumo de droga, nos referimos a la relación entre personas que cometen delitos para comprar droga; porque estaban bajo los efectos de las sustancias; por cuestiones delictuales relacionadas con el negocio de la droga o simplemente por la Ley N° 23737. Los jóvenes de entre 16 y 17 años tienen un 77,3% de vinculación psicofarmacológica en la comisión de los delitos por los cuales están judicializados.

Grupos de edad	Casos	%
13 - 15 años	13	5,3
16 - 17 años	194	77,3
18 - 19 años	44	17,4
Total	251	100,0

Esto demuestra que si quitamos el factor “consumo” en la ecuación delictual, tenemos mucha gente que se aparta del delito y otra que nunca caería. La mejor forma de prevenir el delito es evitar que haya gente que caiga en este como una forma de sostener su consumo.

Es tal el daño que el consumo de pasta base genera en el cerebro de los jóvenes, que a poco de consumir les resulta imposible mantener la capacidad cognitiva necesaria para poder formarse adecuadamente. Pronto tampoco podrán sostener la concentración necesaria para realizar siquiera trabajos de baja calificación. Ello arroja a los jóvenes a tener dos únicas salidas “laborales”: robar o vender.

Las chicas, lamentablemente, tienen una tercera alternativa que es la prostitución.

Fuera de eso, pocas cosas pueden hacer mientras estén afectados por el consumo.

CÓMO SALIR DEL PROBLEMA. MEDIDAS PROPUESTAS

Mejorar la prevención en escuelas

Las escuelas son la base fundamental de cualquier sociedad y como tal son las/los docentes las/los primeras/os que deben disparar la alarma de un chico que está sumido en una situación de adicción, cuando hay cambios de conducta, cuando se registran faltas injustificadas, cuando hay dejadez, descuido, abandono, etcétera. Ellas/ellos deberían dar intervención a un equipo o gabinete psicopedagógico y este a su vez a un juez con materia juvenil multifuero para determinar qué está pasando en la casa de ese individuo, qué necesidades tiene, qué problemas hay que enfrentar y, de ahí, el juez debe dar intervención a los organismos administrativos correspondientes y exigir las soluciones del caso.

Si la educación es obligatoria, que lo sea. Hay que darle a las/los docentes las herramientas de formación necesarias para abordar estas conflictivas.

También deberían establecerse mecanismos de mediación escolar para abordar los problemas que se dan dentro del ámbito educativo, y lograr superar situaciones de convivencia de forma tal de no llegar ni a la exclusión ni a la tolerancia del joven que esté pasando por un período de conflicto, abordando el origen de este con soluciones de calidad.

Creo que algunos establecimientos educativos deberían extender el horario de jornada educativa para que los niños en el contraturno vayan a los clubes del barrio y continúen con actividades deportivas,

con meriendas o desayunos, acorde con el caso y que de esa forma se minimice el riesgo de los chicos a merced de los vendedores de drogas. Si hay tiempo libre, que se disfrute en un ambiente sano, en el que podrán desarrollarse actividades deportivas que motiven cambios de actitud positivos. La jornada educativa deberá ser de 9/10 horas y continua todo el año, transformándose en verano en colonia de vacaciones.

Exigir campañas públicas de prevención e información

Se deberán exigir campañas públicas de prevención e información para que los jóvenes sepan cuáles son sus derechos y qué organismos están dispuestos a validarlos. Además, qué opciones de tratamientos existen para las adicciones y el desarrollo de programas serios y permanentes de prevención de las adicciones.

Creo que es fundamental la transferencia de competencias para la Ciudad de Buenos Aires, en especial la investigación y juzgamiento de las conductas relacionadas con el menudeo de drogas. El fuero Criminal y Correccional Federal ha naturalizado enormemente las investigaciones sobre venta al menudeo y simple tenencia, y no realiza ni investigaciones ni procedimientos que busquen terminar con el fácil acceso de los jóvenes a las sustancias prohibidas. Cuanto mayor sea la presión de la sociedad sobre el que vende la sustancia, menor será el acceso que los inocentes tengan a esta.

Si se lograra un abordaje integral, en el que trabajen de forma mancomunada el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Acción Social, la Secretaría de Deporte, entre otros, no necesitaríamos a futuro del Ministerio de Seguridad, ni del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ni del Poder Judicial. Esa es la verdadera prevención del delito.

Información utilizada:

<http://www.observatorio.gov.ar/media/k2/attachments/EstudioNacionalSobreConsumoDeSustanciasPsicoactivasEnAdolescentesJudicializados.ZAoZ2011-.pdf>

¿QUÉ ESTAMOS DISPUESTOS A HACER?

Por Aníbal Oscar Brunet*

Entiendo que el mejor aporte que puedo hacer a estas jornadas es hacer una reflexión respecto del trabajo sistemático que, como Fiscal, hago casi automáticamente en los casos en que me toca intervenir, investigando posibles delitos que habrían sido cometidos por jóvenes de menos de 18 años de edad.

La mecánica en los casos de flagrancia es más o menos la misma y la dinámica de la respuesta, también. Confirmada una detención efectuada por personal de las fuerzas de seguridad, se dispone el traslado del joven al Centro de Detención de Menores, se da aviso al juez con competencia en Menores, al Defensor, al Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes, a los padres si están ubicables, a la Asesoría Tutelar, se verifica si tiene impedimentos y, según el criterio del juez en turno, a las 6 horas máximo el joven se retira del centro, en el mejor de los casos con un familiar, si no acompañado por profesionales del Consejo.

A partir de ahí, el joven se convierte en carátula, y siempre la sensación que me queda en todo el trámite del caso es que el único objetivo de los operadores del sistema es hacer todo lo posible para ver cómo “sacar” al joven lo más rápido posible y al menor costo del proceso. Nos enfocamos en trabajar el caso y no prestamos atención a la persona. Vemos la foto y perdemos de vista la película, que se repite y que casi siempre tiene un final anunciado.

De esta manera, podría afirmar que difícilmente resolvemos el conflicto que generó el joven con el hecho que se le atribuye. Y lo que veo, hasta con resignación, es la falta de articulación de políticas públicas, que interrelacione a las distintas agencias del Estado (sea del poder que sea), para que la película cambie su final.

* Fiscal de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Actuamos, cada una de estas agencias, como compartimentos estancos, trabajando muchas veces, insisto, sobre papeles y no con personas, haciendo dictámenes o contestando vistas, sin prestar mayor atención a que un joven en conflicto con la ley penal, está pidiendo ayuda a gritos.

Y me frustra ver que las distintas agencias del Estado, en donde se deben gestionar estos conflictos antes de que lleguen al sistema penal, muchas veces desbordadas, no pueden dar respuesta satisfactoria para ayudar, desde la prevención, a que los jóvenes carezcan de motivación para entrar en conflicto con la ley penal.

Vemos muchas veces que el sistema penal, se ha convertido en el destino inexorable de estos jóvenes. Nos damos cuenta de que el tiempo va pasando y un día esos jóvenes en conflicto con la ley penal, cruzan la barrera cronológica de la mayoría de edad y, sin ponernos colorados y en solo un instante, los vemos ingresar nuevamente al sistema penal, ya de mayores, la sensación que me queda es que el Estado ha desoído todas las alarmas que ese niño primero, joven luego, ha ido encendiendo.

Observamos que se ha procurado sacarlo del sistema penal lo más rápido posible para, transcurrido el tiempo y luego de sus 18 años, meterlo en el sistema del peor modo, con la amenaza de prisionización, sin que en el medio hayamos trabajado eficazmente en la desmotivación del joven, para que no tenga conflictos con la ley penal.

Nos escuchamos a nosotros mismos decir “eso no me compete”, “es responsabilidad de otra área”, “no me tengo que ocupar yo de eso”, “eso lo tiene que hacer algún área del Poder Ejecutivo, o del Poder Legislativo u otro actor del sistema judicial”. Insisto, trabajamos sobre la foto y no tenemos en cuenta la película.

Lo cierto es que, al menos en la zona sur de la Ciudad que es en la que me toca actuar, juega un papel fundamental para condicionar el accionar de los jóvenes en conflicto con la ley penal, sus carencias afectivas, sus desatenciones, sus faltas de oportunidades, sus redes de contención rotas o resquebrajadas, sumado a que el uso de sustancias psicotrópicas y/o el abuso de las bebidas alcohólicas juegan un rol determinante.

Por la Fiscalía vemos muchos padres que recurren al sistema penal, para denunciar a sus propios hijos por delitos de los que son víctimas,

generalmente amenazas, porque el objetivo de sus chicos es conseguir dinero o cosas para vender para comprar droga. Vienen a pedir ayuda. Nos dicen: “no quiero que mi hijo vaya preso, quiero que lo internen y lo desintoxiquen. Quiero que lo ayuden”. La pregunta que se impone es, cómo llega un padre o una madre a pedirle ayuda asistencial al sistema penal, y paradójicamente al Fiscal. Claramente, como estamos no estamos bien y algo debemos hacer.

Nos veo poco permeables a cambios que signifiquen abandonar el estado de bienestar que hemos conseguido, cada uno en su rol. Nos veo poco permeables a afrontar nuevos desafíos y cambios de paradigma que nos permitan visualizar el problema de fondo y encarar, desde todos los poderes del Estado y trabajando en conjunto, esta problemática.

Autores como Binder advierten de la *crisis externa* al sistema penal en tanto la debilidad, ausencia o ineficacia de los restantes mecanismos de intervención de la conflictividad producen un efecto de congestión endémica de la justicia penal. El sistema penal se sobrecarga con casos que no pudieron resolverse en los niveles previos de resolución de conflictos.

En esa línea de pensamiento, cuando todos los filtros de gestión de conflictos extrajudiciales fueron sorteados y un joven de menos de 18 años ingresa al sistema penal, las herramientas que disponemos como la mediación penal o la remisión, que utilizamos a menudo, han sido concebidas únicamente como alternativas al avance del proceso penal, quedando un poco a mitad de camino, respecto de la idea más abarcativa que nos propone la justicia restaurativa, que procura una respuesta integral.

Con las competencias que tiene asignada la Ciudad al día de la fecha, noviembre de 2016, los jóvenes de menos de 18 años de edad son inimputables en la mayoría de los casos, conforme la Ley Nacional N° 22278, panorama que va a cambiar sustancialmente con el inminente traspaso de las competencias de los Juzgados Nacionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El desafío que tenemos por delante es ver cómo vamos a afrontar la tramitación de casos protagonizados por jóvenes entre 16 y 18 años de edad, sobre todo en casos graves, en los que las salidas alternativas propuestas por la Ley N° 2451 de la Ciudad, están vedadas.

La justicia restaurativa ha sido concebida principalmente como una alternativa a la justicia clásica retributiva, expropiadora del conflicto por parte del Estado, para visibilizar y empoderar a las víctimas, devolviendo de algún modo el conflicto a las partes, pero también para procurar un efecto reparador sobre el conflicto de base, que involucre además de la parte que procura ver restaurado su daño, al ofensor, por caso los jóvenes y a sus eventuales redes de contención, procurando un camino que coadyuve a estos a concientizarse que ese no es el camino, a partir de la generación de las condiciones que hagan que el cambio valga la pena como proyecto de vida y no como modo de esquivar un proceso penal.

¿Qué estamos dispuestos a hacer?, ¿qué estamos dispuestos a resignar?, ¿qué estamos dispuestos a ceder, para intervenir desde el Estado en su conjunto, de manera eficaz para que la película de la que hablaba antes tenga un final distinto?

La idea que, atravesado el filtro de la selectividad del sistema penal, se trabaje coordinadamente esta problemática, a través de equipos multidisciplinarios, aun dentro del marco de un proceso penal y aun sin el incentivo de que este abordaje resulte un camino alternativo al proceso, sino complementario, debe ser explorada.

Durante la tercera semana del mes de octubre de 2016, participé con otros Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial y Ejecutivo de esta Ciudad, en una visita a la ciudad de Leuven, en el Reino de Bélgica, donde pudimos apreciar las herramientas de justicia restaurativa que allí vienen aplicando. Nos costó entender que se pueden utilizar herramientas como la mediación penal, aun en conflictos graves. De hecho la experiencia más interesante, a mi criterio, que han desarrollado es la mediación en las cárceles, donde procuran acercar a los reclusos con sus víctimas o familiares de estas.

El enfoque es desde un lugar distinto del que tenemos nosotros. Utilizan estas herramientas como alternativa al proceso solo en casos menores, pero también las utilizan en casos graves como complemento al proceso y sin que implique, necesariamente, un beneficio procesal para el ofensor e intentando ver más allá del proceso, buscando un beneficio real.

Y de la experiencia participan diversas agencias del Estado, del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, los círculos de contención o de confianza de las partes, involucrando así a la comunidad. Es un camino distinto al que estamos acostumbrados, pero una vía que a mi criterio merece ser explorada, obvio que desde la realidad que como sociedad nos atraviesa, distinta a la de Bélgica, pero con recursos humanos y económicos como para afrontar el desafío.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MANDATO LEGAL Y CONVENCIONAL EN MATERIA PENAL JUVENIL

Por Rodrigo C. Dellutri*

Con el objeto de acercarnos al tema analizado, tomamos como punto de partida la definición de justicia restaurativa que brinda Howard Zehr, quien expresa:

La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar dentro de lo posible a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.¹

Como primera cuestión surge la noción de un proceso que tiene como objetivo primordial la búsqueda de la resolución de los conflictos. Esto, a simple vista, permite trazar una clara línea divisoria respecto del modelo tradicional vinculado a la retribución como modelo de justicia. En lugar de mirar hacia atrás en la búsqueda de un responsable a quien castigar o sancionar, se parte del presente con una mirada hacia el futuro.

Para esto, se tiene especialmente en cuenta que las conductas disvaliosas no sólo afectan a la sociedad sino, en particular, a las personas directamente involucradas que sufren sus consecuencias.

* Abogado, egresado de Universidad de Buenos Aires, especialista en Derecho Penal (Universidad Austral), maestría en Leyes - LL.M. (*Louisiana State University*), y doctorando (UBA). Actualmente se desempeña como Asesor Tutelar de 1ª Instancia ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA.

1. Zehr, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, versión en español, EE. UU., Good Books, 2010, p. 45. Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/bienestar/proteccion/responsabilidad-penal/justicia-restaurativa/Howard%20Zher%20-%20El%20pequen%CC%83o%20Libro%20de%20la%20Justicia%20Restaurativa.pdf>

Por lo tanto, surge una nueva pregunta relativa a las razones en general, por las cuales debe aplicarse la justicia restaurativa, y en particular, respecto de los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Una posible respuesta puede hallarse en el principio de desjudicialización que rige en materia penal juvenil. A través de él se busca sustraer al joven al que se atribuye la comisión de un delito del proceso judicial con la menor carga posible, el proceso formal se concibe como último recurso.

Este principio se halla directamente vinculado con el principio de subsidiariedad de la prisión, que deriva de la manda del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño² (en adelante CDN), en cuyo inciso b se conmina a los Estados a que

Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará *tan sólo como medida de último recurso* y durante el período más breve que proceda... (el destacado nos pertenece).

Por ende, así como la privación de libertad de un niño será el último recurso, en el otro extremo debemos ubicar la búsqueda de la solución del conflicto como primer objetivo del sistema de justicia, a partir de la existencia de un mandato convencional. Para ello resulta necesario armonizar los derechos del joven en conflicto con la ley penal y los de la víctima, en el marco de las prácticas restaurativas.

Este ideal está alineado con el objetivo de reintegración del joven agresor a la sociedad como meta a alcanzar y así velar por sus derechos vulnerados. En esta línea, el artículo 40.3 b de la CDN establece:

40.3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) Siempre que sea apropiado y deseable, *la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales*, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales (el destacado nos pertenece).

2. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Entre los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos podemos hallar una línea uniforme en cuanto a la necesidad de evitar someter a jóvenes al sistema penal, habilitándose tal posibilidad sólo como último recurso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha hecho eco del principio de desjudicialización en el caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay (“Panchito López”),³ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (sentencia del 2 de septiembre de 2004), al sostener que

211. A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, 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...* (el destacado nos pertenece).

Este mismo Tribunal señaló en la Opinión Consultiva 17/02,⁴ titulada “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (párrafo 54).

La misma postura ha adoptado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas,⁵ que data de 2011. Allí, en el acápite II, titulado “El Sistema de Justicia Juvenil”, el cual contiene el apartado C, denominado “Objetivos del Sistema de Justicia Juvenil”, se expresó:

31. Así, un sistema de justicia juvenil cuya política criminal esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como *la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en la materia* (el destacado nos pertenece).

3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

4. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

5. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjii.sp.htm#C>

De acuerdo con lo establecido en los párrafos 35 y 39 de este informe de la Comisión Interamericana, los esfuerzos estatales deben tener en cuenta el interés superior del niño, para lo cual deberán estar dirigidos a garantizar la rehabilitación y reinserción de los jóvenes en la sociedad.

En consonancia con lo mencionado, el legislador de la CABA ha incluido una previsión legal dentro del Código Procesal Penal⁶ que marca una línea clara en materia de investigación de delitos. El artículo 91 de este cuerpo normativo establece: “Objeto de la investigación preparatoria. El Ministerio Público Fiscal practicará la investigación preparatoria *con la finalidad de arribar a la solución del conflicto* por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio” (el destacado nos pertenece). Nuevamente hallamos aquí una referencia que pone el énfasis en la resolución del conflicto, es decir, que mira hacia el futuro en lugar de sólo perseguir la imposición de una sanción en respuesta al obrar disvalioso.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU emitió en su 44° período de sesiones (enero/febrero de 2007) la Observación General 10/2007,⁷ titulada “Los derechos del niño en la justicia de menores”. Allí, en el acápite “Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales” se menciona:

24. De acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tratarán de promover medidas en relación con los niños 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...

Luego, se agrega: “25. El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales...”.

En línea con lo mencionado, Tiffer destaca:

A partir de este nuevo paradigma que implica entender a los adolescentes como sujetos de derechos integrales, se puede comprender también la

6. Disponible en: <http://www.cedom.gov.ar/leyes.aspx>

7. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf

desjudicialización como manifestación de un reducido control jurídico-penal sobre las conductas de los jóvenes, o de un control penal formal únicamente cuando sea necesario. Sólo si tenemos presente este postulado, podremos responder al “para qué de la desjudicialización”, cuyas respuestas representan los fines y metas por alcanzar, dentro de un enfoque en el que la política social y la política criminal del Estado se hallan estrechamente relacionadas.⁸

Ahora bien, resulta necesario tener en cuenta los elementos centrales para que proceda la justicia restaurativa. Para ello es necesario contar con una víctima identificable, aunque cabe señalar que algunos, como el profesor Ivo Aertsen, presentan otra postura. Según expresó este catedrático en el marco de las Segundas Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil “Buenas prácticas para una Justicia especializada”, ante la ausencia de una víctima individualizada resulta posible incorporar elementos restaurativos en la eventual sanción.

Asimismo, la participación de la víctima en este proceso debe ser voluntaria, lo cual constituye un elemento esencial de este tipo de prácticas. Bajo ningún concepto podría forzarse a ninguna de las partes involucradas. De no ser así, resultaría imposible alcanzar el ideal reparador de la práctica restaurativa, dado que para que el ofensor repare y la víctima se sienta reparada, debe existir anuencia de ambos.

Por otro lado, el ofensor debe estar dispuesto a tomar conciencia de la trascendencia de sus actos. Esto no supone una asunción de responsabilidad en sentido jurídico-penal, pero sí que conozca que mediante su accionar una persona se vio afectada. Como ya fuera expuesto, el ofensor no puede ser coaccionado de ninguna forma a participar de la práctica restaurativa.

Entre los objetivos buscados por la justicia restaurativa podemos mencionar: brindar apoyo a la víctima; reparar las relaciones dañadas por la ofensa; denunciar la conducta disvaliosa como inaceptable y así reafirmar los valores comunitarios; alentar la toma de consciencia por todas las partes involucradas, en particular por parte del ofensor;

8. Tiffer, Carlos, “Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes”, en *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, San José, UNICEF – ILANUD, 1999, p. 180. Disponible en: <http://www.justiciajuvenilca.org/~media/Microsites/Files/Intl%20Juvenile%20Justice/LEY-PENAL-JUVENIL-COSTA%20RICA.ashx>

identificar posibles cursos de acción y el beneficio de adoptar este camino para todos los involucrados; identificar los factores relacionados con el origen de estas conductas, y reducir la reiteración de las conductas disvaliosas. Esto se desprende del punto 1.5 del Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la ONU.⁹

Entre las diferentes prácticas restaurativas, podemos mencionar la mediación entre ofensor y ofendido, los círculos restaurativos (círculos de diálogo o círculos terapéuticos) y las conferencias grupales familiares. Estos métodos deben aplicarse con respeto al debido proceso y las garantías procesales (comenzando por la presunción de inocencia). También corresponde reconocer la justicia restaurativa como derecho en caso de niños víctimas.

Finalmente, cabe preguntarse si la justicia restaurativa restaura. Aunque parezca un juego de palabras, esta no es una pregunta para la que se puede hallar una sencilla respuesta. Depende de múltiples factores que se han puntualizado más arriba, y que necesariamente se vinculan con las particularidades de cada caso. En realidad, son las personas las que deciden hacerlo. Lo que es seguro es que, por mandato legal y convencional, aquellos que nos hallamos vinculados al sistema de justicia en sus diversas formas tenemos la obligación de intentar que eso suceda.

9. *Handbook on Restorative Justice Programmes*, New York, United Nations, Office on Drugs and Crime, 2006. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf

IMPLEMENTACIÓN, EVALUACIÓN Y CONTROL DE UNA JUSTICIA RESTAURATIVA

JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL INSTITUTO DE REMISIÓN EN LA CABA

Por Marcelo Vázquez *

Si no corregís esos daños alabaréis inútilmente esa justicia tan experta en reprimir el robo, pues es más aparente que benéfica y justa. Permitís que se eduque tan deficientemente a los niños y que sus costumbres se corrompan desde pequeños, pero después los condenáis, al llegar a hombres, por faltas que en su niñez ya eran previsibles. ¿Qué otra cosa es esto más que hacerles ladrones y condenarlos después?

Tomás Moro, Utopía

Esta frase de Tomas Moro, escrita hace alrededor de 500 años, resulta de aplicación aún en nuestros días. La importancia de reconocer que una intervención a tiempo sobre los niños y adolescentes, quienes se encuentran en plena evolución intelectual, emocional y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta, facilita la recuperación del sujeto infractor en una proporción superior a la de los adultos. Para evitar luego que ingresen a la justicia penal, que dista mucho de ser benéfica y justa.

Pero, sobre esta base, cabe preguntarnos: “¿qué entendemos por intervención a tiempo?”. Es decir, cómo deben intervenir la sociedad y el Estado frente al adolescente infractor.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La legislación que reguló la vida de los menores durante el siglo pasado tuvo su origen en los procesos sociales iniciados a principios de 1900 y fue justificada con argumentos que aún hoy continúan vigentes.

* Abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires. Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. Consejero de la Magistratura desde el año 2016. Fue Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Ciudad y Secretario de Políticas Judiciales de la Federación Argentina de la Magistratura.

A fines del siglo XIX y principios del XX, el proceso inmigratorio creció a un ritmo vertiginoso. La población de la Ciudad de Buenos Aires empezó a aumentar y con ella el hacinamiento, la proliferación de los conventillos y la presencia de los menores en las calles. En 1904, la población infantil alcanzaba casi el 20% de la población total. Los menores de los sectores más pobres ingresaban tempranamente al mercado laboral en oficios callejeros (canillitas, vendedores ambulantes, lustra botas), y su experiencia escolar era casi inexistente o circunstancial. Como consecuencia de esto, aumentó notablemente la presencia de los menores en las calles. De acuerdo con las creencias de la época, las cuales no distan mucho de las actuales, el niño que estaba inserto en un “medio inmoral” (familia pobre e inmigrante) podría ser un futuro delincuente. Así, comienza a gestarse la idea de que era necesaria la intervención del Estado para “reeducar” a las masas de niños que andaban por las calles, con el fin de evitar que se “desvíen”, que cometan crímenes y delitos, y para transformarlos en “ciudadanos productivos”. Paralelamente, este período (fines del siglo XIX y principios del XX) estaba caracterizado por el predominio de la corriente positivista en el pensamiento social. La criminología de la época estaba basada en los desarrollos de la escuela de Lombroso, la cual planteaba que la delincuencia era determinada por herencia biológica. Asimismo, realizó una descripción del “delincuente nato”.

De acuerdo con esta corriente de pensamiento, no sólo se podía “descubrir” a quien cometía delitos, sino también practicar métodos preventivos, que permitieran aprehender al delincuente potencial, es decir, antes que cometa cualquier acto delictivo. Por otro lado, *desde el discurso médico, se incorpora el concepto de “rehabilitación” al discurso jurídico*. Se consideraba que las crisis de la sociedad eran sus síntomas o enfermedades. De esta manera, era posible regenerar a los delincuentes porque estos no eran más que un síntoma de una patología. En este contexto, en torno al ideal “rehabilitativo y protector”, se comienza a gestar en el ámbito de la justicia penal un sistema específico para los menores. Sus pilares son de tipo educativo, pedagógico y tutelar. Su objetivo no es la persecución penal ni el castigo, sino la educación y la tutela. Fue en este estado de cosas que el 21 de octubre de 1919 se sancionó la Ley de Patronato de Menores o “Ley Agote” (Ley N° 10903), que consolidó la intervención del Estado en la vida de los menores.

Así, el Estado se aseguró la tarea de educar a los menores considerados “peligrosos”: los niños que cometían delitos, los niños abandonados y los niños pobres, alejándolos de su familia y creando instituciones que se proponían “reemplazar” las funciones de crianza que anteriormente desempeñaba aquella. En estas instituciones, el intercambio con el exterior, con el medio social, era escaso, de manera que los menores desarrollaban todas sus actividades en su interior, siempre bajo vigilancia. Desde un punto de vista social, existía una ecuación que perdura hasta nuestros días: *el menor abandonado se transformará irremediablemente en un menor delincuente*. Por tanto, todo menor abandonado equivaldría a menor delincuente. Por supuesto que esta máxima sólo se aplica a poblaciones de bajos recursos. En los casos de menores provenientes de sectores medios y altos, los problemas o situaciones conflictivas que involucraban conductas asociales, eran tratados por mecanismos privados para su tramitación (el acceso a un psicólogo o a un abogado, por ejemplo), mientras que si se trataba de menores marginales, los problemas eran tramitados en el juzgado.

Finalmente, y luego de muchas idas y vueltas dentro de la legislación de menores, en 1989, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad el texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Al año siguiente, la Argentina la incorporó al Derecho interno con la Ley N° 23849, y en 1994 alcanzó rango constitucional al ser incorporada al artículo 75 inciso 22. Dicha Convención significó un cambio radical en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, la familia y la comunidad. Implicó cambiar la mirada sobre los menores: pasaron de ser considerados como un objeto de los adultos y de los órganos estatales, a ser concebidos como ciudadanos con derechos y con la capacidad de exigir y demandar el cumplimiento de esos derechos.

En 2005 se sanciona la nueva ley de minoridad: la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. De acuerdo con el espíritu de la nueva ley, el objetivo principal de la política de infancia debe ser la crianza y desarrollo de los niños dentro de sus familias, y sólo en última instancia, como medida de protección, de carácter excepcional y subsidiaria, y por el más breve lapso posible, puede recurrirse a una forma convivencial alternativa del grupo familiar.

Así, la CDN, junto con los principios interpretativos que surgen de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), representan la opinión consensuada de la comunidad internacional en cada uno de los temas que involucran a jóvenes en infracción a la ley penal y recomiendan la organización de una *Justicia especializada, flexible y diversa* para juzgar a las personas menores de 18 años de edad.

Los jóvenes de entre 16 y 18 años de edad no cumplidos al momento de ocurrir los hechos materia de investigación penal, deben tener un tratamiento especializado, diferente al de los adultos, cuando se encuentren en conflicto con la ley penal.

El principio constitucional de la especialidad del Sistema Penal Juvenil y su derivado, la especialización de sus operadores (art. 4, 40.2.b.ii y iii y 40.3 CDN), deben ineludiblemente respetar todos y cada uno de los postulados del Sistema de Protección Integral de Derechos y así ceñir su ámbito a la conformación de una justicia flexible y diversa.

Sobre esta base, un Sistema Penal Juvenil acorde con la normativa internacional, deberá reunir las siguientes características.

1. Especialidad.
2. Utilización de las vías alternativas de resolución de conflictos.
3. Privilegiar los principios de derecho penal mínimo (maximización del sistema de garantías procesales colocando a los Derechos Humanos como objeto y límite de la intervención estatal).
4. Excepcionalidad en la aplicación de la pena privativa de la libertad e incorporar un catálogo de sanciones no privativas de la libertad para los jóvenes en infracción a la ley penal cuando sean declarados responsables.
5. Aplicación directa de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, tratados de derechos humanos y leyes internas.

Ahora bien, la legislación de la CABA resulta pionera en la implementación de estos criterios, desde la Constitución de la Ciudad, así como la Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes hasta la sanción del Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2451, sancionada el 3/10/2007). Así, el procedimiento local

aplicable a los jóvenes punibles que cometen ilícitos en nuestra ciudad se basa en el pleno reconocimiento del niño como sujeto de derechos y prevé garantías específicas en el juzgamiento de jóvenes en infracción a la ley penal (arts. 37 y 40 CDN). Además, fija como criterio rector que la aplicación de la prisión preventiva será excepcional y no podrá exceder de sesenta (60) días corridos desde su imposición, y que la detención cautelar de un joven sólo procederá cuando no pueda aplicarse al caso una medida menos gravosa y por el período mínimo necesario.

Asimismo, introduce vías alternativas a la resolución de conflictos (art. 53 RPPJ), mediante el establecimiento de formas como la mediación (arts. 54 a 74) y la remisión (art. 75), formas que, en su aplicación, conllevan una *intervención judicial mínima y priorizan la desjudicialización de los procesos*.

INSTITUTO DE LA REMISIÓN

Normas internacionales que lo receptan:

- Artículo 40, primer párrafo, de la Convención de los Derechos del Niño.
- Artículo 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing):
 11. Remisión de casos
 - 11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.
 - 11.2. La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.
 - 11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remi-

sión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

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

- Puntos 57 y 58 de las Directrices de RIAD (Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil):
57. Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisaría además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicaría periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño.
58. Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.

Este instituto se encuentra previsto en el artículo 75 del Código Procesal Penal Juvenil, el cual prescribe que

La persona menor de dieciocho (18) años de edad sometida a proceso podrá por sí, o a través del/la Defensor/a requerir que se examine la posibilidad de no continuar el proceso, tomando en cuenta la gravedad del delito, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. También procederá a pedido del/la Fiscal Penal Juvenil; el/la Juez/a Penal Juvenil puede actuar de oficio.

Si el/la Juez/a considera admisible el pedido convocará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con el/la imputado/a y la víctima, podrá resolver remitir a la persona menor de dieciocho (18) años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la

institución que los realice, extinguiendo la acción. El auto que decide la remisión será apelable por aquellos que hubieren manifestado su oposición en la audiencia.

No procederá la remisión cuando se trate de causas relacionadas con causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I – Delito contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho.

Esta herramienta procesal es propia de una Justicia restaurativa, en la cual se buscan prácticas para responder al delito de un modo más constructivo que el establecido por el sistema punitivo tradicional. De este modo, el eje central resulta ser las consecuencias del acto, la reconciliación con la víctima procurando el perdón y la reparación del daño, involucrando a la comunidad en pos de la reintegración del infractor y la reconstrucción del sentimiento de seguridad quebrado por la comisión del hecho delictivo. En definitiva, se busca restablecer los lazos *ofensor/víctima/comunidad* y, mediante ello, propiciar un aprendizaje por parte del joven sobre la aflicción de la víctima, evitando el estigma propio del proceso penal, lo que a su vez tiene efectos educativos y de asunción de responsabilidad por los actos realizados.

Con la remisión se establece la posibilidad de finalizar el proceso teniendo en cuenta la gravedad del delito, el grado de responsabilidad, el daño causado y su reparación. Procede de oficio o a pedido de parte, y lo resuelve el juez. Permite también la remisión a un programa comunitario, apoyado por la familia y bajo el control de la institución que lo realice, dando por extinguida la acción penal. Es apelable por la parte que no esté de acuerdo con su procedencia.

De este modo, el joven es desjudicializado y la mínima intervención estatal se ve garantizada con el control de los órganos administrativos y bajo tutela de la comunidad.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, y a los fines de acceder al instituto, cada juez deberá evaluar la comprensión por parte del adolescente de la situación, observar la presencia o falta de vínculos familiares con posibilidad de acompañar al niño.

Nuestro instituto es la vía más compatible y conciliadora con los principios de la CN y los tratados internacionales, ya que implica *reconducir el*

conflicto, y el fin debe ser el interés superior del niño. Asimismo, se garantiza que las personas imputadas y las víctimas menores de dieciocho años sean tratadas de manera que el proceso no afecte su salud psicofísica y no implique una revictimización, reduciendo su participación directa a la mínima expresión y con participación de personal especializado.

Por otro lado, en caso de oposición por parte de la fiscalía, entiendo que se deben esgrimir consideraciones particulares o razones fundadas que sustenten su oposición, ello teniendo en cuenta que la remisión resulta el medio más adecuado para lograr que el joven comprenda e internalice la conducta imputada y no la reitere en el futuro. Esto está íntimamente relacionado con la respuesta por parte del Poder Judicial hacia el conflicto, y al *restablecimiento de la dignidad del joven.*

En virtud de ello, la finalidad del instituto de remisión es básicamente que el niño no cargue con los efectos estigmatizantes de una eventual condena, y administrar de una mejor forma los recursos del sistema judicial conforme al artículo 11 de las Reglas de Beijing, y los artículos 57 y 58 de las Directrices de Naciones Unidas. Asimismo, nos permite sacar al niño del sistema judicial, quitándole el peso del estigma de “delincuente”, mediante la tutela comunitaria. Por último, el juzgador deberá considerar las pautas ofrecidas por la defensa para tener por reparado el daño, y demostrar el compromiso del joven respetando su dignidad como persona.

Desde el artículo 75 RPPJ para la aplicación de la remisión del caso, se deberá tener en cuenta:

1. el grado de responsabilidad,
2. el daño causado, así como,
3. la reparación de este, es decir, de los daños ocasionados (no resulta el tratamiento tutelar como supuesto; esto se trata de evitar en la actualidad).

Finalmente, deseo destacar que a la hora de aplicar este instituto se debe tener fe en las potencialidades de cada niño y contemplar esta salida alternativa como norte dentro del Régimen Penal Juvenil.

JUSTICIA RESTAURATIVA HACIA EL SUR: NUEVOS DESAFÍOS

Por Ivo Aertsen*

Traducción y compaginación de Marta Pascual**

La presente pretende ser una síntesis interpretativa de la impecable conferencia dictada por el profesor Ivo Aertsen, en la cual se desarrollaran los siguientes tópicos:

- ¿Cómo interpretar la justicia restaurativa?
- Muestreo de algunas experiencias europeas con sus logros y obstáculos.
- Cuáles son los desafíos para el acercamiento al ofensor juvenil, la víctima y la inclusión de la comunidad.
- Cómo lograr instaurar programas restaurativos.

Para desarrollar el primer punto, el profesor Aertsen comenzó exponiendo que ante la crisis de las instituciones penales, incluida la justicia juvenil, se comenzó a elaborar un nuevo modelo llamado restaurativo, que trata de nivelar las necesidades de la víctima, la sociedad y el ofensor. Así, la justicia restaurativa es mucho más que un modelo de mediación penal ya que ostenta un concepto guiado por valores y principios.

En la comprensión del tema, ha sido clave la obra de H. Zher publicada en 1990, *Cambiando las lentes*, en la cual nos ilustra sobre la mirada que tiene la comunidad sobre los delitos y su reacción ante ellos y sobre la necesidad, al igual que sucede con nuestros lentes de lectura, de ir ajustando los lentes para una mejor comprensión del delito, sus actores, sus víctimas y la comunidad, apropiándose así del problema para restaurarlo.

* Director del Instituto de Criminología de Lovaina, Bélgica.

** Jueza del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de Lomas de Zamora. Vicepresidenta de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia (AIMJ). Presidenta del Tribunal único Penal Juvenil de Lomas de Zamora. Docente universitaria.

Aertsen presentó dos definiciones, la de Marshall en su obra de 1999 y la de Bazemore y Walgrave, del mismo año. El primero de ellos definió:

... la justicia restaurativa como una aproximación resolutoria a la situación surgida de la comisión de un delito, que incluye a las partes (ofensora y damnificada) y a la comunidad como tal, en relaciones activas con las agencias estatales, no siendo una práctica en particular sino una serie de principios que orientan la práctica general de cualquier agencia o grupo relacionado con el Derecho Penal.

Por su parte, Walgrave define:

... la justicia restaurativa como toda acción primariamente orientada a alcanzar la solución en un conflicto, reparando el daño causado por la comisión de un delito. No existe un modelo hegemónico de justicia restaurativa, el más habitual es la mediación entre víctima y ofensor en sede penal, las conferencias comunales o los círculos resolutorios y pacificadores; las prioridades son rehabilitar al ofensor buscando su reinserción, brindar contención y ayuda a la víctima, mejorar las relaciones entre la Justicia penal y la sociedad incluyendo a la población en la resolución de conflictos para lo cual es necesario reformar el sistema de justicia penal buscando un accionar más eficiente y reduciendo la cantidad de casos que lleguen a la justicia.

Estos modelos hacen bajar el número de crímenes y la tasa de reincidencia, como así también los costos de la Justicia, ya que reducen el volumen de juicios que se celebran.

En cuanto al desarrollo del segundo tópico, relacionado a experiencias europeas, un estudio de 2015 mostró los resultados luego de analizar 36 países europeos, del cual se pueden extraer dos conclusiones: la primera es que la mediación penal es el modelo prevalente, llevado a cabo en 35 países, mientras que el sistema de conferencia se utiliza en 13 países. La segunda conclusión indica que la legislación en justicia restaurativa es aplicada en casi todos los Estados Partes de la Unión Europea, pero su rol se limita a pequeñas ofensas o delitos cometidos por jóvenes.

Continuando con el tema de la implementación en Europa, Aertsen aseguró que es fundamental el apoyo político y legal del Ministerio de Justicia para lograr su implementación, y junto a ello la

investigación y documentación de los procesos para su posterior análisis e imitación de otras oficinas. El Foro Europeo de Justicia Restaurativa ha tenido un rol importante en la divulgación de los programas y el apoyo económico.

Aertsen confrontó el modelo de trabajo social concentrado sólo en el delincuente, cuyos objetivos son la rehabilitación, prevención y educación a través de la mediación directa con profesionales, con un modelo independiente, llevado a cabo por Lovaina, que se concentra tanto en la víctima como en el ofensor y cuyo objetivo es brindar un servicio neutral e igualitario a través de mediadores y/o facilitadores, que interactúen con los diferentes programas comunitarios.

A continuación, en referencia al tercer tópico, Aertsen presentó los desafíos e inconvenientes generales, y puntualizó que las agencias de justicia criminal funcionan como obstáculo, ya que tienen la capacidad tanto de crear como de destruir el desarrollo de los programas restaurativos. Recalcó además la falta de infraestructura institucional y que el hecho de que el modelo de justicia restaurativa no esté acompañado con un desarrollo institucional ha llevado al fracaso en muchos países, donde el modelo ha quedado sólo como una parte especial de la Justicia Juvenil.

Al desarrollar el tópico atinente al acercamiento al joven infractor de la ley, el profesor belga insistió en la necesidad de que este asuma su responsabilidad en el hecho mediante el reconocimiento y la comprensión de lo sucedido y que conozca los alcances del daño producido para tender a su reparación, tanto material como psicológica y moral.

Se debe orientar al joven infractor a crear una identidad propia, por lo que es necesario contar con la especialización y capacitación de los mediadores, quienes deben tener en cuenta el rol del grupo de pertenencia y del barrio en el que vive el joven, y deben invitarlo a participar de procedimientos para encontrar soluciones al conflicto surgido en el seno de su comunidad. En cuanto a la participación de la víctima, aseguró que al ser partícipe del proceso, esta puede comprobar el accionar de la justicia y confrontar con el ofensor el daño que le fue ocasionado.

Así, de los estudios realizados, ha surgido que las necesidades e intereses de las víctimas están centrados en la participación en los procesos de mediación, donde sus requerimientos sean tenidos en cuenta y donde el ofensor reconozca su daño.

En cuanto a la orientación de la comunidad, es necesario que a partir del daño causado, esta se involucre a través de distintos actores u ONG, en diferentes tipos de interrelación. Esto incluye tanto a los damnificados directos como a los indirectos, que son los integrantes del barrio, de la comunidad en sentido amplio y también el público en general que quiera sumarse a los procesos restaurativos y hacer su aporte en la resolución del conflicto para mejorar la calidad de vida de su comunidad con una mirada transformadora.

Con respecto al cuarto tópico, referido a los buenos logros de la justicia restaurativa, los estudios nos han demostrado que este tipo de justicia ha permitido incluir en la justicia formal modelos con cierta informalidad pero que conllevan soluciones ante el daño ocasionado por el delito, convocan a la participación social para trabajar en la reparación del daño y acercan a las víctimas al proceso.

El profesor Aertsen nos ilustró sobre los buenos resultados obtenidos en crímenes serios, tales como las violaciones de derechos humanos, el terrorismo de Estado y los crímenes políticos. Por ejemplo, el conocido como “modelo Zwelethemba” en África, o los abusos sexuales perpetrados por sacerdotes de la Iglesia Católica, en los que al trabajar con las víctimas a pesar del largo tiempo transcurrido, se llegó a la reparación tanto moral como económica. Para ello es clave el rol del Estado, que debe actuar como proveedor de un marco legal e institucional y asegurar el acceso igualitario a todos los ciudadanos.

Finalmente, con respecto al último tópico, a partir de su experiencia tanto en Europa como en países sudamericanos, el profesor de Lovaina planteó la necesidad de implementar un proceso de cambio en la Justicia, que esté orientado y planificado en función de la obtención de los principios básicos de la restauración. Para ello es necesario lograr una combinación de reflexión, aprendizaje e investigación, y que las prácticas restaurativas surjan a partir de un proceso cíclico que transcurra por la observación, el pensamiento y una actuación combinada de los actores. Estos deben abandonar la torre de marfil en que se encuentran habituados a trabajar y acercarse a las organizaciones barriales para presentar propuestas restaurativas y no vindicativas a ser incluidas en los acuerdos prejudiciales o las sentencias. En este mismo sentido, Aertsen destacó la necesidad de cooperación de universida-

des o institutos terciarios, con proyectos de investigación y acción que permitan visualizar las prácticas y sistematizar la información.

A modo de conclusión, el profesor puntualizó diez prioridades de la justicia restaurativa:

- Creer en la misión de la Justicia como una práctica social.
- No encerrarse en una perspectiva legal solitaria, sino comunitaria.
- Multiplicar los programas de justicia restaurativa y coordinarlos.
- Acercarse a la comunidad y establecer un funcionamiento cooperativo local.
- Atreverse a innovar.
- Tomar en serio a la víctima, involucrarla en el proceso.
- Proveer protección legal y seguridad a todos los involucrados.
- Evitar la competencia, involucrar a colegas y motivarlos.
- Educar e involucrar al público: construir conciencia y brindar información.
- Ser responsable: compromiso ético, evitar la burocracia y la corrupción, crear a través de la reflexión y la evaluación.

PRÁCTICAS RESTAURATIVAS COMO MODELO EN ZONAS EFECTORAS DEL DELITO Y EN EL TRATAMIENTO DE JÓVENES INFRACTORES A LA LEY PENAL

Por Marta Pascual*

El modelo retributivo ha mostrado su ineficiencia para resolver el problema de los jóvenes en el delito, al igual que su reinserción a partir del cumplimiento de una pena.

Ellos no comprenden el proceso penal juvenil y su implicancia con el consumo de drogas o, en trabajo de *dealers*, participan en actividades delictivas como única forma de conseguir dinero para su supervivencia.

El sistema penal juvenil actual, con sus formalidades y su orientación puramente punitiva, ha demostrado su fracaso en lo normado en la manda constitucional, que nos indica que los jóvenes como sujetos de derecho son merecedores de una justicia especializada que trabaje en su resocialización.

El movimiento de justicia restaurativa, sus prácticas inclusivas, participativas y pacificadoras, incorporan al sistema penal juvenil a la víctima y trabajan con el joven delincuente en su aceptación en la participación del hecho delictivo y su reconciliación con la víctima y la comunidad.

Con el transcurso del tiempo, el Estado ha monopolizado la justicia retributiva criminal y ha reforzado el encierro de delincuentes como una forma de ordenamiento social, pero junto a ello ha demostrado ineficacia para el tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley penal,

* Jueza para actuar ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de Lomas de Zamora. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia (AIMJ). Presidenta del Tribunal único Penal Juvenil de Lomas de Zamora. Docente universitaria.

que luego están apasionados por el sistema de mayores y presentan un importante índice de reincidencia centrado. Por ello, creemos que el foco debería estar puesto hacia un modelo de justicia donde se cambien las sanciones por acuerdos y compromisos de los jóvenes con su comunidad y con las víctimas.

De acuerdo con un informe elaborado en Avellaneda entre el Banco de Desarrollo de América Latina y el Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires:

- 43,7% de los jóvenes probó drogas alguna vez.
- Los varones son más proclives al consumo de droga, y de estos en especial quienes no estudian ni trabajan y los que tienen responsabilidades familiares.
- La droga ilegal más consumida es la marihuana (41,7%).
- El paco ocupa el tercer lugar en el consumo, en especial entre los jóvenes más vulnerables, y se extiende a sectores medios.
- Las cocinas de paco se quintuplicaron desde 2007 a 2016.
- El gasto semanal promedio de los jóvenes en drogas es \$326; en cocaína, \$777; en paco, \$517.

Estos datos alarmantes nos conducen a intentar un modelo de justicia basado en el contexto comunitario y en la equidad como concepto de respeto a la dignidad humana de la víctima y del ofensor, y que trabaje en los barrios en la lucha por prevenir y tratar el consumo de sustancias tóxicas.

La propuesta restaurativa es que a partir del delito y su posterior sentencia, se incluya en el cumplimiento de la pena o en los acuerdos prejudiciales a los miembros de las familias extendidas, líderes sociales, vecinos, docentes y trabajadores, para que trabajen con el ofensor y con las víctimas, así se empodera a la comunidad en la resolución de sus conflictos. Además, el trabajo debería enfocarse en las zonas rojas o de mayor conflictividad social.

Los ejemplos de los círculos resolutivos o sanadores, de las sentencias grupales o participativas, cuyos resultados son muy buenos en cuanto a la baja de la reincidencia, la reinserción de los jóvenes y la baja de conflictividad social, nos muestran nuevas prácticas a ser incorporadas, en las cuales el juez involucra a otros actores en el proceso penal juvenil para que se responsabilicen y colaboren en los compro-

misos que asuma el joven en el cumplimiento de su pena para su rehabilitación y reinserción comunitaria.

PROPUESTAS

1. Inclusión de prácticas restaurativas prejudiciales, incluidas en la sentencia y luego de la sentencia que combinen los principios de la justicia criminal formal y sus estructuras jerárquicas según un modelo o protocolo de prácticas democráticas con la participación de las partes en conflicto y la comunidad.
2. Entrenamiento y formación de mediadores que trabajen las principales zonas del mapa criminal.
3. Restauración del daño causado por la ofensa o el delito.
4. Concientización de los jueces, fiscales y defensores públicos en la justicia restaurativa para que actúen como pacificadores de conflictos a través de un enfoque en nuevas prácticas.
5. Necesidad de coordinación entre programas sociales, equipos interdisciplinarios y agencias del Sistema Penitenciario NNA.

CONCLUSIÓN FINAL

Los procesos restaurativos favorecen el entendimiento, rompen paredes y reconstruyen los puentes rotos en la sociedad.

JUSTICIA RESTAURATIVA COMO JUSTICIA: GARANTÍAS, PROTECCIÓN ESPECIAL Y REPARACIÓN DEL CONFLICTO COMO BASE DE LA POLÍTICA CRIMINAL JUVENIL*

Por Mary Beloff**

El objetivo de esta presentación es aportar algunos elementos útiles para renovar la gastada reflexión sobre la situación actual y la eventual transformación de la respuesta estatal al delito de los adolescentes en la República Argentina. Como cuestión general, estas Jornadas Internacionales focalizadas en los mecanismos restaurativos de la Justicia juvenil resultan una ocasión propicia para la discusión sobre el tema,

* Presentación realizada en las Segundas Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil: “Buenas prácticas para una justicia especializada”, organizadas por el Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (AIMJF), entre los días 14 y 15 de noviembre de 2016. Ella retoma algunas de las ideas expuestas en el artículo publicado con el nombre de “¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?”, en *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conceptos, debates y experiencias en Justicia Penal Juvenil*, Buenos Aires, 2007, pp. 31-40.

** Estudió en el Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA) e ingresó luego a la Facultad de Derecho de la misma Universidad, donde obtuvo el título de abogada con diploma de honor. Es *Magistri in Legibus* (LL.M.) por la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard (EE.UU.) y Doctora en Derecho Penal por la UBA. Es catedrática de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Enseña en numerosas Universidades nacionales y del extranjero. Ha dictado cursos, seminarios y conferencias sobre Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derechos del Niño, Justicia Juvenil, Derechos Humanos y Género. Ha participado como asesora en reformas legislativas en esas materias en diversos países americanos. Se ha desempeñado como experta para numerosos organismos internacionales. Desde el año 2007 es Fiscal General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la República Argentina.

en tanto tradicionalmente los debates respecto del delito y la pena juvenil se concentran en los aspectos vinculados con la edad penal mínima y las sanciones, en lugar de indagar sobre todas las exigencias que el Derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados en esta materia, como lo es, entre otras que ocupan un lugar preponderante, el contar con mecanismos de Justicia restaurativa.

Como factor adicional, los debates ignoran las dimensiones normativas y empíricas de la Justicia juvenil en el país (sobre todo en lo que se refiere al orden local), tanto como los desaciertos del proceso de reformas latinoamericano, por lo que intentaré brevemente conectar el tema específico con esas cuestiones soslayadas.

Para ello, antes de contextualizar la discusión sobre la reforma legal, señalaré algunas características de la Justicia juvenil en la República Argentina del siglo XXI (no de su pasado, si bien algunas de ellas se mantienen como dificultades en el presente), en relación con el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños y niñas, que pueden servir de referencia para, a la vez, optimizar el trabajo de todos los operadores judiciales, legislativos y de la administración, así como para reflexionar sobre cuál debe ser el contenido de la política criminal juvenil.

El enfoque será lo más técnico posible con el ánimo de reafirmar la posición que sostiene que sólidas consideraciones teóricas pueden y deben explicar y motivar las políticas públicas; en otras palabras, para que buenas razones teóricas contribuyan a generar buenas prácticas y mejores políticas.

En primer lugar quiero destacar la pertinencia y relevancia de algunos espacios –como estas Segundas Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil– que lentamente se han comenzado a generar en nuestro medio en los últimos años, con la finalidad de promover una reflexión sobre las prácticas legales concretas y no sólo sobre la teoría (la recurrente pregunta acerca de cómo deberían ser las leyes). En este marco propuesto que prefiere la reflexión sobre las prácticas, propondré una perspectiva diferente, superadora del debate reactivo que durante años ha confrontado a la ley con la realidad, ya sea para sobreestimar a la primera o bien a la segunda como única variable a considerar en el análisis en desmedro de la otra.

Me interesa especialmente destacar la relevancia del conocimiento empírico riguroso para legislar correctamente sobre un problema so-

cial como el que se aborda en estas Jornadas. En ese sentido, entiendo que no es posible soslayar la experiencia de un cuarto de siglo de reformas legales en América Latina dirigidas a incorporar el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños y niñas¹ al derecho interno de los países de la región.² Este proceso transcurrió con una desconexión manifiesta de las dimensiones materiales reales de los problemas que pretendía resolver. Un cuarto de siglo después prácticamente nada se modificó de la realidad sobre la cual estas leyes pretendían regular y, en algunos casos, la situación se agravó aún más, más allá de que las leyes aprobadas sean, por lo general, impecables desde el punto de vista de la técnica legislativa y de sus finalidades político-criminales.

Quizás la importancia exagerada que se ha adjudicado a la ley en las cuestiones relacionadas con la protección y defensa de los derechos humanos de niños y niñas se deba a que, por mucho tiempo, los juristas se mantuvieron al margen de las reflexiones respecto de, por un lado, cuáles eran los problemas legales que tenían las leyes especializadas en menores y, por el otro, de cuáles deberían ser las características de un mejor derecho para las personas menores de edad.

Por ese motivo, frente a la crisis sistémica, tanto teórica cuanto empírica de la escuela tutelar clásica, la pertinencia de una irrupción considerable de los juristas dedicados al Derecho “mayor” (penal, civil, de familia, etc.) para señalar los déficits constitucionales del modelo vigente y para proponer las reformas requeridas conforme los compromisos internacionales asumidos por los países, se imponía como estrategia adecuada.

De esa forma, la ausencia del Derecho de menores en las reflexiones jurídicas mayores produjo como reacción el reclamo por una presencia sostenida, permanente, intensa, del Derecho “mayor” respecto del Derecho de menores. De ahí tal vez la creencia excesiva en que transformaciones legales pudieran producir automáticamente cambios concretos en la realidad sensible, junto con la desconsideración de un análisis crítico dirigido a refundar –al igual que el desgastado Derecho de menores– la psicología, la psiquiatría, el trabajo social y otras disciplinas de intervención individual y social, sobre nuevas ba-

1. Cf. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrafo 194.

2. Sobre el tema, ver Beloff, Mary, *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

ses inspiradas en nuevas teorías científicas, en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos.

En definitiva, desde una perspectiva constitucional interesada en fortalecer el Estado democrático de Derecho y los derechos de todas las personas en un país, una ley adecuada, una ley correcta, una ley ajustada a los parámetros internacionales en materia de derechos humanos –de rango constitucional en la Argentina–³ constituye un imperativo elemental de justicia. Los reclamos por mejores leyes para la adolescencia infractora y para la sociedad argentina son autoevidentes y están autojustificados, más allá de la instrumentalidad a la que pueda sometérselos en una discusión más general orientada a transformar culturas, prácticas, políticas e instituciones encargadas de garantizar a sus destinatarios los derechos contenidos en esa nueva legalidad.

En esta ocasión, por razones de contexto, circunscribiré mi reflexión en torno de la necesidad y potencialidad de la reforma legal al terreno de la defensa de los derechos de los niños en general y, en particular, de los adolescentes infractores de la ley penal.

La experiencia latinoamericana demuestra que si lo que se procura es que garantizar a los niños y a las niñas condiciones de vida digna, tal como lo reclama la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH),⁴ la reforma legal no es sino una variable más de valor coyuntural en términos instrumentales, con independencia de su valor absoluto en términos de justicia.

Permítaseme comentar un ejemplo concreto al respecto. En relación con los estándares legales, todos los países de América Latina aprobaron nuevas leyes que contienen, repiten y eventualmente desarrollan los derechos y garantías contenidos en el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños y niñas.⁵ Sin embargo,

3. Cfr. Constitución Nacional, art. 75, inc. 22.

4. Cfr. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, cit. *supra* nota, párrafo 144. Véase, Beloff, Mary y Clerico, María Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 14, n° 1, 2016, pp. 139-178.

5. Entre muchas otras, el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley N° 8069 (aprobado el 13/07/1990); el Código de Niñez e Infancia de Colombia, Ley N° 1098 (sancionado y publicado en Diario Oficial N° 46446 del 8/11/2006); la Ley N° 20084 de Responsabilidad Penal Juvenil de Chile (2007); el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Ley N° 100 (aprobado el 23/12/2002, y publicado en el Registro Oficial

como mencioné y dan cuenta decenas de informes de organismos nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia del mencionado Tribunal, la situación en términos de condiciones concretas de vida de los niños en el continente no es mejor hoy que en la década del 70, cuando imperaban otras leyes. En ese sentido, organismos internacionales especializados han señalado que resulta llamativa la atención, la buena disposición, la celeridad y el compromiso de los gobiernos para cambiar las leyes, tanto como la ausencia de todo ello para implementarlas.⁶ Me preocupa pensar que se haya consumido toda la energía política (del Estado, de los movimientos sociales, etc.) en el debate legislativo para cambiar leyes obsoletas por leyes mejores, y no haya quedado resto político, ni tampoco teórico o conceptual para su implementación.

Otro aspecto que debe ser considerado en los debates en torno de la justicia juvenil se vincula con la relación entre los juristas y otros profesionales dedicados a la intervención psicosocial con adolescentes infractores. Al igual que respecto de la implementación y efectiva vigencia de las nuevas leyes aprobadas recientemente, este es un segundo punto vinculado también con la realidad que no se ha logrado resolver.

El Derecho (mayor) ha incorporado en su reflexión general aquella referida a la condición jurídica de la infancia. En líneas generales, y salvo algunas cuestiones muy particulares, ya no se plantean mayores dudas teóricas o conceptuales; tampoco existen dificultades técnicas respecto de cuáles son los lineamientos generales, los principios rectores y los derechos y garantías de un derecho adecuado para tratar con los niños en general, tanto en el Derecho de Familia como en el Derecho Penal.⁷

737 del 3/01/2003); la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto N° 27-03 (aprobada el 4/06/2003, emitida el 15/07/2003 y publicada el 18/07/2003); y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley N° 287 (aprobado el 24/03/1998, y publicado en *La Gaceta* N° 97 del 27/05/1998).

6. Al respecto, véase, entre otros, Comisión IDH, “Informe de la Relatoría sobre Derechos de la Niñez, Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas”, Doc. 78, del 13 de julio de 2011; y Comisión IDH, “Violencia, niñez y crimen organizado”, Doc. 40/15, del 11 de noviembre de 2015. Por otro lado, también pueden consultarse los informes de otros organismos como, por ejemplo, el Observatorio de derechos de los niños, niñas y jóvenes en Honduras Casa Alianza Honduras, entre otros, “Situación de Derechos de Niños, Niñas y Jóvenes en Honduras Niñez, migración y violencia. Resumen enero-diciembre 2014”. Disponible en: <http://www.casa-alianza.org.hn/images/documentos/Comunicados/CAH.2015/Informes.Mensuales.2015/situacion%20de%20derechos%20de%20ninos%20nias%20y%20jovenes%20en%20honduras.pdf>

7. Sobre el tema veáanse, entre otras, las diversas Observaciones Generales del Comité de

En la República Argentina, la jurisprudencia⁸ y las reformas legislativas

los Derechos del Niño: Observación General N° 2, “El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño” (2002); Observación General N° 6 “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” (2005); Observación General N° 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”; Observación General N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado” (2009); Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1 (2013). Por su parte, la Corte IDH, en múltiples decisiones, reconoció la existencia de un trato diferenciado como expresión de la protección especial a la infancia en un proceso penal: “[E]s evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto (...) es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento...”. Cfr. Corte IDH, Serie A n° 17, Opinión Consultiva n° 17, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, párr. 96. Asimismo, sostuvo que: “[S]i bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores, la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías...” (Cfr. párr. 97). Véase además Beloff, Mary, *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, op. cit.

8. Por ejemplo, la Corte Suprema ha sostenido que “[U]n sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aun definitivamente consolidada”, CSJN, Fallos: 330:5294, del considerando 7° del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda. Sobre la reducción de la pena a personas imputables menores de edad, véase, CSJN, Fallos: 328:4343 (“Maldonado”). Por otro lado, sostuvo la exigibilidad de la inmediatez al momento de justificar la necesidad e individualizar la pena y vinculó este principio procesal con el derecho a ser oído del joven imputado: “[S]e trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediatez. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada (...). Si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria (...). En este sentido, cabe recordar que también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que ‘se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’...”, CSJN, Fallos 328:4343, de los considerandos 18, 19 y 20 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Sobre el tema puede consultarse Beloff, Mary; Freedman, Diego, y Terragni, Martiniano, *Principales decisiones*

procesales y administrativas⁹ han logrado avances notables al respecto.

No obstante, lo que no se ha generado en el ámbito latinoamericano –a diferencia de lo que ocurre en otras regiones, principalmente en los países desarrollados– es un conocimiento sistemático, riguroso, eficaz, tanto de la situación concreta en la que se encuentran niños y niñas, como de las mejores prácticas en materia de justicia juvenil. Más aún,

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia penal juvenil, en Beloff, Mary (dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, en prensa.

9. En relación con las leyes provinciales, Catamarca: Ley N° 5357 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Catamarca”; Chaco: Ley N° 4369 “Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia”; Chubut: Ley N° 4347 “Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia”; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley N° 114 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” y Ley N° 2451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”; Córdoba: Ley N° 9944 “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”; Corrientes: Ley N° 5773 “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” mediante la cual adhirió a la Ley N° 26061 “Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños, y Adolescente”; Entre Ríos: Ley N° 9861 “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia”; Jujuy: Ley N° 5288 de “Ley de Protección de la Niñez, Adolescencia y la Familia”; La Pampa: Ley N° 2703 “Adhesión a los artículos 1° a 41 de la Ley Nacional N° 26061 y a los artículos pertinentes a su Decreto Reglamentario N° 415/06”; La Rioja: Ley N° 7590 “Ley de Protección Integral del niño y del Adolescente”; Mendoza: Ley N° 6354 “Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad”; Misiones: Ley N° 3820 “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”; Neuquén: Ley N° 2302 de Protección Integral de Niños y el Adolescentes; Provincia de Buenos Aires: Ley N° 13298 (modificada por leyes N° 13634 y N° 14537) “Ley de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños”; Río Negro: Ley N° 4109 “Protección Integral de los Derechos de Niñas, de los Niños y los Adolescentes”; Salta: Ley N° 7039 “Ley de Protección de Niñez y la Adolescencia”; San Juan: Ley N° 7338 “Ley de Protección integral de los derechos de los niños y adolescentes”, art. 25 y Código Procesal Penal Ley N° 7398; San Luis: Ley N° 5430 “Adhesión de la Provincia a la Convención sobre los Derechos del Niño; Santa Cruz: Ley N° 3062 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la provincia de Santa Cruz”; Santa Fe: Ley N° 12967 “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”; Santiago del Estero: Ley N° 6915 “Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”; Tierra del Fuego: Ley N° 521 de “Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas, Adolescentes y sus Familias”; Tucumán: Ley N° 8293 “Protección integral de los derechos de la familia, de las niñas, niños y adolescentes”. Pueden consultarse sobre el tema, entre otros, Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016; Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “Debido proceso y niños inimputables en razón de la edad en la jurisprudencia argentina”, en Beloff, Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, *op. cit.*

y en la línea mencionada más arriba, si bien algunas leyes latinoamericanas son superiores a las leyes europeas desde el punto de vista técnico-legal y de las garantías que desarrollan respecto de los adolescentes infractores, las enormes diferencias y los avances que los países europeos tienen en relación con las prácticas concretas en materia de justicia juvenil respecto de los países latinoamericanos son evidentes.

Esto me permite concluir de forma preliminar que la responsabilidad de continuar con el proceso de transformación de la justicia juvenil no corresponde ya exclusivamente a los abogados o juristas, sino a las disciplinas vinculadas con la intervención social y psicológica, las que deben asumir el liderazgo en este camino de transformaciones en términos de encontrar nuevas y eficientes formas de intervención psicosocial, y de separarse del matrimonio casi centenario que tuvieron con los juristas en el marco del complejo tutelar clásico, que pudo haber sido muy eficiente durante cien años, pero que no lo es más y ha sido fuertemente deslegitimado.

Quisiera mencionar un último elemento de la relación entre las disciplinas relacionadas con la intervención psicosocial y el Derecho. Una ley mejor (es difícil predicar que una ley penal sea “buena”) en términos de los estándares más modernos de derechos humanos, no sólo constituye, como indiqué, un imperativo elemental de justicia, sino que cumple una función pedagógica positiva tanto en el psiquismo como en los procesos de socialización secundarios.¹⁰ Es razonable entonces pensar que una mejor ley en los términos antes descriptos puede contribuir con el adolescente en la construcción de vínculos no conflictivos con su comunidad de modo de lograr su verdadera y sustentable reintegración social.

En ese sentido, debe tenerse presente que la Corte IDH ha derivado el derecho a una respuesta penal diferenciada del derecho de los niños

10. El modelo italiano de justicia juvenil es un buen ejemplo de lo aquí sostenido. Cfr. Palomba, Gaetano, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milán, Giuffrè, 1991 [en español: *Sistema del nuevo proceso penal del menor*, Buenos Aires, Eudeba, 2004]; una lectura crítica ineludible al modelo legal previo: De Leo, Gaetano, *La giustizia dei minori*, Turín, Giulio Einaudi, 1981 [en español, *La justicia de menores*, Barcelona, Teide, 1985].

a su protección especial (cfr. art. 19 de la Convención Americana)^{11 12}, y que el Comité de los Derechos del Niño, en la mencionada Observación General N° 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”, ha sostenido, con el mismo alcance, que

En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la Justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes...¹³

Y también que

... la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo...¹⁴

Ello no significa perder de vista que una ley que regule la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad sea una ley penal; sin embargo, a la vez que debe precisar límites claros a la actividad repre-

11. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969. Esta Convención entró en vigencia el 18 de julio de 1978, de conformidad con el art. 74.2., art. 19 (Derechos del niño): “Todo 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”.

12. Un exhaustivo desarrollo del tema en Beloff, Mary, *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, op. cit.

13. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, cit., párrafo 10.

14. *Ibidem*, párrafo 71. En sentido similar, la Corte IDH sostuvo que “[L]a medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma...”. En sentido similar, ver la Regla 17.1 de las Reglas de Beijing.

siva estatal, no está habilitada a desarrollarse ni a adjudicar los casos dentro del sistema penal general, precisamente porque el propósito de la sanción penal juvenil no es el castigo sino la reintegración social.¹⁵ Al mismo tiempo, ello no debe generar la confusión de creer que es la justicia juvenil la que debe suplir las deficiencias de los sistemas de protección de los derechos de los niños y los adolescentes, pero sí debe advertir sobre las regresivas tendencias que han mostrado los sistemas penales juveniles latinoamericanos, de acercamiento a la justicia penal general, mediante reducciones de edad, transacciones de garantías en cabeza de sujetos con competencia restringida (como sucede con el juicio abreviado),¹⁶ aumentos de penas privativas de libertad, transferencia a los sistemas penitenciarios en la etapa de ejecución,¹⁷ etcétera.

Es fundamental tener en claro cuál es la función de la ley (penal especializada, en este caso), para qué se la requiere, cuáles son sus límites y potencialidades. Indudablemente, una ley penal juvenil puede indirectamente coadyuvar a la tarea de protección de derechos económicos, sociales y culturales de los adolescentes infractores si se articula adecuadamente con los sistemas de protección de derechos, pero ello no la justifica ni le da sentido.

Estos señalamientos son relevantes en tanto todas las respuestas restaurativas se acercan a los deberes estatales de protección de derechos a la vez que se alejan de la actividad estatal represiva.

Ya para ingresar específicamente en aquello que se relaciona con un aspecto fundamental de la justicia juvenil (el difuso terreno previo a la respuesta penal que se conoce en nuestro medio como “justicia

15. Véase, Beloff, Mary; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación”, en Beloff, Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, op. cit.

16. Véase, Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en Beloff, Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, op. cit.

17. Cfr. Ley N° 26579 (sancionada el 2/12/2009, promulgada de hecho el 21/12/2009 y publicada en el B.O. del 22/12/2009), que fijó la mayoría de edad a los 18 años, cuando la edad establecida por el anterior Código Civil era de 21 años. Véase, Beloff, Mary y Terragni, Martiniano, “La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, febrero de 2016, pp. 255-264.

restaurativa”, resultado de una traducción literal del inglés), es ineludible citar a un autor en particular que ha sido, por lo menos para los penalistas, uno de los profesores que desarrolló las ideas subsumidas bajo el nombre de “abolicionismo penal”.

Me refiero al profesor noruego Nils Christie. Este autor realizó un recorrido originalmente dentro de las filas del movimiento político criminal conocido como “abolicionismo penal” a partir de su absoluta y profunda desconfianza del Derecho penal expresada en su libro de mediados de la década del 80 *Los límites del dolor*,¹⁸ donde afirmaba que no había nada bueno que pudiera encontrarse en el Derecho penal; sin embargo, casi hacia el final de su vida, en el libro *Una sensata cantidad de delito*,¹⁹ sostuvo que no era razonable ni posible eliminar o suprimir el delito de la sociedad. Allí se preguntaba cuánto delito precisa una sociedad, y por lo tanto, cuánta cantidad de delito era la adecuada.²⁰

La pregunta respecto de cuánto crimen y cuánto derecho penal es “adecuado” puede servir de guía para las reflexiones que guían estas Jornadas, ya que la propuesta abolicionista original no parece ofrecer mejores herramientas. La historia del Derecho penal enseña que las propuestas por “abolir” el delito, el delincuente y la pena tuvieron consecuencias más dramáticas en su puesta en acto, que las intrínsecas a toda intervención penal clásica.

Paradójicamente, quienes quisieron “abolir” al delincuente, al delito y al castigo para reemplazarlos por enfermos, síntomas y tratamientos, fueron quienes adscribían a los postulados de la Escuela Positiva, de donde derivan indirectamente los fundadores del tutelarismo clásico. La tragedia más dramática de la historia de la humanidad hizo que el Derecho penal recuperara sus fuentes, límites y principios rectores a partir de la recuperación del delito, del criminal y de la pena.

Planteado en términos relativos y con el alcance indicado, sin caer en un funcionalismo exacerbado como el de Durkheim o Merton, es posible entonces reconocer que toda sociedad produce sus criminales y, por lo tanto, requiere de un sistema penal, en una lectura de

18. Christie, Nils, *Limits to pain*, Oxford, Martin Robertson, 1981 [en español: *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984].

19. Ídem, *A suitable amount of crime*, Londres, Routledge, 2004 [en español, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004].

20. *Suitable*, en inglés en el original. Se tradujo en la edición en español como “sensata”.

las “funciones positivas” del castigo. Se trata de una paradoja difícil de resolver, pero es preciso tener conciencia de ella porque se activa especialmente en cada caso que adjudica la justicia juvenil dado que, en ella, el Derecho penal especializado además de una función negativa, como límite, cumpliría una función positiva, la de darle su valor simbólico-pedagógico.

Propongo ahora repasar algunas de las respuestas no penales que se encuentran reguladas prácticamente en todas las legislaciones provinciales argentinas y también a nivel federal, las cuales presentan características diversas.

La Convención sobre Derechos del Niño²¹ es un texto que abunda en vaguedades, lagunas y contradicciones, por lo que requiere una hermenéutica particular para darle sentido y efectividad a sus postulados. Por ello la tarea de interpretar adecuadamente el Derecho internacional de los derechos humanos (tanto de parte de tribunales internacionales, regionales o locales, como de la doctrina) es, en este sentido, fundamental para facilitar el trabajo de los operadores e impactar de forma eficaz en la realidad sobre la que se interviene. Como se advierte, la pregunta es cómo construir, desde ese amplio Derecho, lineamientos, guías, circuitos que modelen las “buenas prácticas”.

Como ejemplo puede citarse cómo en el país, muchas provincias aprobaron leyes de protección a la niñez y procesales, en ejercicio de su competencia local,²² conforme los más modernos estándares internacionales de derechos humanos²³ e iniciaron procesos diferentes de reconocimiento de derechos y garantías de los niños aunque no se hubiera modificado la legislación de fondo y aún con diseños institucionales antiguos. La Ciudad de Buenos Aires es un excelente modelo de esto.²⁴

21. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Esta Convención entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

22. Cfr. Beloff, Mary, “Constitución y derechos del niño”, en Beloff, Mary (Coord.), *La protección a la infancia como derecho público provincial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 17-74, 2005.

23. Véase *supra* nota 9.

24. La Ley N° 2451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” asegura la garantía de discreción y confidencialidad (art. 9), de que la investigación preparatoria concluya dentro del término de noventa días –plazo reducido a quince días en caso de flagrancia– (art. 47), de que la excepcionalidad de la prisión preventiva no podrá exceder un período de sesenta días corridos (art. 50), de formas

Otro ejemplo en el mismo sentido lo constituye la sostenida y relevante modificación de la jurisprudencia de la justicia de menores en el ámbito nacional gracias al trabajo silencioso y paciente de todos los actores que intervienen en ella y a otros factores estructurales como la renovación académica y generacional de la justicia penal federal y nacional. Ello imposibilita afirmar que la justicia nacional de menores o sus equivalentes en gran parte de las provincias argentinas, operan de la misma forma en la que lo hacían hace un cuarto de siglo atrás.

Con ello no pretendo sostener que no sea necesario reformar las leyes. Todo lo contrario. Pretendo simplemente advertir que si lo que se procura lograr es aquello que sea más beneficioso para los niños en particular (el célebre interés superior del niño) y para la sociedad en general, no se debe soslayar la dimensión de la realidad (la aplicación misma de las leyes), tema por demás crucial aquí y también a la hora de la reforma legal. Por otro lado –y mientras se aprueban leyes mejores–, los ejemplos revelan que es posible desarrollar buenas prácticas respetuosas de los derechos de niños y adolescentes, aún con leyes que requieran su actualización.

No advierto el sentido en este contexto de ponerme a relatar todas las especies, formas y teorías que existen respecto de la mediación penal juvenil y de la justicia restaurativa en relación con menores infractores de la ley penal. La producción intelectual sobre el tema es, si bien escasa en castellano, frondosa en el mundo anglosajón y es en gran medida accesible actualmente mediante las nuevas tecnologías de la información.

Me parece por ello más útil conectar ese debate con la realidad de la justicia juvenil en nuestro país.

En ese sentido, el primer punto que me parece importante se relaciona con los alcances de la expresión, en nuestro contexto jurídico cultural, “justicia restaurativa”. Los procedimientos, prácticas e instituciones subsumidos bajo tal denominación traducida literalmente del inglés (*restaurative justice*) no coinciden en general, en nuestro medio, ni con las nociones más generalizadas de justicia ni tampoco con

alternativas de resolución de conflictos como mediación y remisión (arts. 64/75), de un debate a puertas cerradas (art. 78), de que el menor no sea alojado con personas mayores de edad (art. 82) y de la privación de libertad en centros especializados (art. 84).

aquellas vinculadas con las diferentes ideas de reparación del daño causado por el delito.

Tony Marshall, un criminólogo inglés, define a la justicia restaurativa como un proceso en el cual todas las partes que tienen alguna clase de interés en un conflicto subsumible en un tipo penal que haya tenido lugar en una comunidad se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de ese crimen y con sus efectos e implicancias para el futuro.²⁵ Como se advierte sin dificultades, no se trata de una definición jurídica, sino de una definición muy laxa que permite que sea aplicada a un amplio espectro de situaciones que en muchos casos se encuentran muy distantes de nuestras ideas compartidas acerca de lo que es justo.

El problema radica en el matiz que la palabra “justicia” puede asignar a estos mecanismos. Muchos de los acuerdos negociados en el marco de la denominada “justicia restaurativa” pueden ser exactamente lo contrario de lo que aquí se considera “justo”. No quiero implicar que sea imposible articular una teoría de justicia respecto de la negociación o de la mediación, pero ello requiere ciertamente una argumentación adicional de bastante complejidad. En términos generales, no creo que sea posible sostener que las soluciones producto de una negociación sean soluciones “justas”. La víctima tal vez acepte los términos de una mediación porque ello le “conviene” o el imputado acepte someterse a estos procedimientos, también porque puede resultarle conveniente, pero ello no implica que el acuerdo alcanzado sea un acuerdo “justo”, sino conveniente para una o ambas partes.

En ese sentido, el problema es de suma relevancia cuando se piensa en incluir esas formas no penales en la justicia juvenil, ya que se espera de ella que cumpla una función clave en la cual el adolescente infractor se relacione de una manera no conflictiva con su comunidad en el futuro, comprenda el valor de las personas y de las cosas, y respete los derechos de todos. En los términos del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como derecho “A ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que for-

25. Marshall, Tony, “Criminal mediation in Great Britain 1980-1996”, en *European Journal on Criminal Policy and research*, pp. 21-43, citado en Morris, Allison y Maswell, Gabrielle (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferenciing, mediation and circles*, Oregon, Hart, 2001, cap. 1, p. 5.

talezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.²⁶ Una solución que sólo se base en razones de “conveniencia” puede contradecir este objetivo, directriz en las normas internacionales de derechos humanos de la infancia en materia de justicia y clave para toda intervención psicosocial en términos modernos.

Otra cuestión que se plantea es que lo que puede resultar “justo” para la resolución de un conflicto que involucra a una persona menor de edad, puede no serlo para otro que involucra a mayores.

Con respecto a la otra parte del binomio, lo “restaurativo” –un significativo muy poderoso– es importante reflexionar respecto de los diferentes matices de la palabra: qué significa restaurar, en qué contexto y con qué alcances.

Debería entenderse que la justicia restaurativa –pese a su denominación– no implica necesariamente una solución “blanda”.²⁷ En la justicia penal tradicional que utiliza las reglas de procedimiento habituales, la confrontación entre las partes es indirecta, impersonal y está filtrada a través de rituales procesales. Por lo contrario, en los procesos restaurativos el contacto es personal, directo y, a menudo, muy emocional. Por ello no puede afirmarse seriamente que sea una solución ligera o “blanda” para los ofensores confrontarse directamente con el sufrimiento y el daño que ellos causaron y con la desaprobación de su comunidad y, en muchos casos, hasta de su propia familia. Más allá de las diferentes teorías relacionadas con la distinción entre mecanismos formales y no

26. Sobre el fin de la pena en el Sistema Penal Juvenil, ver Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación”, en Beloff, Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, op. cit.

27. “En el entusiasmo por la mediación es importante no olvidar que los rituales y arreglos en los tribunales penales pueden tener funciones protectoras importantes. Cuando las tensiones se desatan, incluso hasta la violencia inmediata amenaza, los solemnes y a veces también completamente tediosos y aburridos rituales en el aparto penal pueden tener un efecto calmante. (...) El sistema de mediación puede ser fácilmente pervertido en tribunales juveniles disfrazados (...). Lo que se desarrolla en estos tribunales (...) es la represión de los niños”. Cfr. Christie, Nils, op. cit., pp. 121 y 122.

formales de control social,²⁸ lo cierto es que estos mecanismos alternativos e “informales” pueden ser muy duros y severos (el caso del joven al que se le exige llevar en la escuela un cartel con una leyenda referida a su infracción es un buen ejemplo de lo que acabo de señalar).

Planteado el problema de la denominación, la cuestión se complejiza al intentar darle un contenido jurídico, sobre todo en un sistema legal como el argentino que tiene dificultades adicionales por la distinción entre competencias legales procesales y sustantivas respecto del gobierno federal y las provincias.

Lo que se entiende por “justicia restaurativa” es muy diverso en las normas internacionales (véanse como ejemplos el artículo 40.3 de la Convención sobre Derechos del Niño²⁹ y las directrices 6 y 57 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil³⁰ y también en todas las normas de justicia juvenil de América Latina. Esto no debería sorprender después de lo expuesto más arriba. Si la definición teórica no es clara y es ajena al ámbito legal, sería extraño que las normas específicas lograran resolver lo que no está resuelto en otros órdenes.

28. Sobre el tema, entre otros, ver Cohen, Stanley, *Visiones de control social*, Barcelona, PPU, 1988; y Pitch, Thamar, *Responsabilidades limitadas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

29. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.3: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales...”.

30. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 y adoptadas el 14 de diciembre de 1990, Directriz 6: “Deben crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han establecido todavía organismos oficiales. Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social”. Directriz 57: “Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisaría además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicaría periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño...”.

En consecuencia, tal vez sería más productivo que debatir definiciones, conocer las prácticas, las soluciones que ya se están implementando y que se derivan de cada caso que instrumenta el proceso restaurativo; en otras palabras, utilizar un método inductivo antes que deductivo.

Una primera línea de soluciones se enmarca dentro de lo que en inglés se denomina *diversion*. En caso de que ocurra un hecho subsumible en principio en un tipo penal, esto es, de que ocurra un hecho considerado un “crimen” de acuerdo con la legislación penal, es posible derivar el asunto, idealmente sin ninguna clase de contacto previo con el ámbito penal, ni siquiera policial (aunque es casi imposible de implementar con tal alcance en la práctica), a una instancia comunitaria de solución de esta clase de conflictos.

Esta alternativa requiere mecanismos comunitarios muy afianzados y probablemente sólo sea susceptible de ser llevada a cabo en comunidades pequeñas, ya que la dinámica de las relaciones sociales y la vida en grandes centros urbanos no facilitan la utilización de esta opción. Se presenta como una alternativa complicada frente a la respuesta penal, pero aun así puede resultar posible experimentarla y desarrollarla en los contextos adecuados, tal como sucede en algunas provincias.

Los tipos de pedagogía e intervenciones sociales que pueden implementarse en el marco de la *diversion* son muy ricos, porque no están contaminados por la lógica penal o, por lo menos, no deberían estarlo. Los mejores ejemplos de *diversion* a nivel mundial son los que presenta Nueva Zelanda bajo las formas de asambleas, grupos o círculos familiares. En estos casos, la ingeniería institucional sobre la cual se montan esos procedimientos no penales está altamente desarrollada, es adecuada a los fines que se persiguen y encarga a los servicios sociales (no a la policía) la tarea de concretar las soluciones alternativas, también orientadas a la reintegración social.

Un aspecto importante que no quiero dejar de mencionar y que conduce otra vez a la relación entre la ley y la realidad, es que un problema soslayado en las reformas legales latinoamericanas fue el de las transformaciones institucionales. Tal vez parte de las dificultades en la implementación de las nuevas leyes se explique, entre otros factores, por la ausencia de empeño dirigido a transformar los arreglos institucionales en los que se debía poner en acto la nueva legalidad,

un esfuerzo al menos de intensidad equivalente al depositado en la reforma de las leyes.

Puede existir una ley adecuada sin arreglos institucionales adecuados, una ley inadecuada con arreglos institucionales igualmente inadecuados, o bien, lo que es hartamente improbable pero existen casos, leyes inadecuadas con arreglos institucionales adecuados. En este sentido, el mencionado modelo neozelandés y los modelos canadiense y nórdico son adecuados tanto en sus dispositivos normativos cuanto institucionales vis à vis los fines propuestos y, por tal motivo, probablemente sean los modelos más eficientes, en términos de reducción de la violencia, del Derecho comparado.

En la República Argentina el sistema legal no prevé soluciones al estilo de la diversion descripta más arriba (más allá de las formas informales de solución de conflictos que encajan dentro de la “cifra negra”).

En atención a que por razones que no puedo desarrollar aquí esta posibilidad es por el momento inviable, me concentraré en la posibilidad de introducir la “justicia restaurativa” dentro de los modelos que asumen que existe una respuesta penal. A tal fin es importante distinguir entre soluciones o mecanismos procesales de aquellas cuestiones sustantivas.

Respecto de los primeros, y nuevamente en razón del modelo federal argentino, el Derecho público provincial contiene en muchas jurisdicciones –la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut, Neuquén o Entre Ríos son buenos ejemplos³¹ dispositivos procesales que

31. Ley N° 2451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, arts. 54-74. En la provincia de Neuquén, la Ley N° 2302, en el artículo 64, autoriza el archivo de un proceso a partir del “... resultado favorable de una mediación, en virtud de la cual se haya logrado una composición del conflicto. En todos los casos el archivo deberá fundarse en el interés superior del niño”. Por otro lado, la Ley N° 2879 crea el Programa de mediación penal en el ámbito del Poder Judicial para poner en práctica el principio rector establecido en el artículo 64 de la Ley N° 2302 y en el artículo 17 del Código Procesal Penal (Ley N° 2784). La provincia de Chubut, mediante la Ley XV-9 (Antes Ley N° 5478) “Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut”, regula en el artículo 407 la mediación en los procesos seguidos contra menores de edad. En la Provincia de Buenos Aires, la Ley N° 13634, en el artículo 43 referido a las causas graves, regula una audiencia en la que se pueden plantear todas las decisiones alternativas que pongan fin a la etapa preliminar o al proceso, e incluye la mediación. Como el anteúltimo y el último párrafo de ese artículo fueron observados por el Decreto de Promulgación n° 44/07, se interpretó en algún momento que la institución no

incluyen mecanismos asimilables o cercanos a lo que se entiende por “justicia restaurativa”. Al igual que lo ocurrido con las leyes de protección de derechos de los niños (competencia local), en muchas jurisdicciones los procedimientos dirigidos a tratar con menores imputados de la comisión de ilícitos penales han incorporado estas formas nuevas y más eficaces de administrar estos conflictos en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos de la infancia y la adolescencia.

Por otro lado, desde el punto de vista sustantivo, formas de “justicia restaurativa” se han introducido en muchas legislaciones como consecuencia de la crítica que el movimiento abolicionista ha realizado a las instituciones penales. La idea de que el Derecho penal moderno tiene una tercera vía reparatoria que se agrega a las clásicas vías retributiva y tratamental fue una solución estratégica del Derecho penal en un momento de crisis de legitimación cuasiterminal.³²

En términos sencillos, las soluciones reparatorias están incluidas en todas las nuevas leyes de justicia juvenil latinoamericanas en la sección que regula las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal por parte del adolescente una vez celebrado el juicio de responsabilidad. En algunos países son denominadas “sanciones reparatorias”, en otros “medidas” o “penas”. El propio nombre de aquella indica que ha existido un juicio previo y una atribución de responsabilidad y que como consecuencia de ella se debe reparar el daño. Estas sanciones o medidas (derecho sustantivo o de fondo) son diferentes de las soluciones procesales de consecuencia reparatoria.³³ Plantean la dificultad de sostener válidamente la necesidad de llevar

estaba vigente, no obstante lo cual gradualmente se comenzó a utilizar con programas piloto en diferentes Departamentos Judiciales y a instancias de la Procuración General. Finalmente, la reciente Ley N° 10450 de Entre Ríos (2016), regula el instituto en los artículos 119-123 (De la mediación penal juvenil) y establece que “La mediación penal juvenil podrá ser solicitada por el Fiscal, la víctima, el Defensor del adolescente imputado, con el consentimiento expreso de este y el del representante del Ministerio Púpilar, hasta la apertura de la etapa de juicio” (cfr. art. 119).

32. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, (traducción y notas Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal), Madrid, Editorial Civitas, T. I, 1997 (obra alemana, München, 1994).

33. Entre otras: el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley N° 8069, Capítulo IV (De las medidas socioeducativas); el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Ley N° 100, Título V: Las medidas socio-educativas; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley N° 287, Título IV (De las medidas); la Ley de Protec-

un proceso penal hasta el final para adoptar una medida que podría haberse adoptado inicialmente, sin los costos materiales que implica la concreción del juicio.

Además, aunque a algunos autores que se dedican a la dogmática sustantiva les cueste reconocerlo, es el Derecho procesal penal –y no el Derecho material– el que juega el principal papel en el drama del delito y de la pena, también con los adolescentes. Por ello las formas reparatorias bien articuladas en el orden procesal pueden contribuir notablemente con el propósito de la reintegración social, mucho más (y con menor costo) que sus variantes sustantivas.

La introducción de una vía reparatoria (con los alcances que pretenden darle los promotores de la justicia restaurativa) dentro del Derecho penal –especial juvenil, en este caso– implica una discusión en torno de cuáles son los alcances materiales de una solución que realmente resuelva el conflicto de manera que se restablezca la paz social y no queden heridas abiertas. Lograr este resultado es enormemente complejo y mucho más aún cuando se lo procura mediante la pena (aun especializada), que no tiene en principio esa finalidad.

En general los debates se concentran en los aspectos materiales (¿qué edad?, ¿qué penas o medidas?) y no en los aspectos procesales, que son los que en definitiva, como indiqué, inciden realmente en la vida del adolescente.

En rigor, lo que parece ser más exitoso –por lo menos en el Derecho comparado no latinoamericano– en términos de lograr que el adolescente no se meta en problemas y se comunique de manera no conflictiva con su comunidad en el futuro, es el procedimiento, no los aspectos sustantivos de la justicia especializada.

Estos mecanismos alternativos reparatorios comenzaron a implementarse en América Latina luego de la aprobación del Estatuto del Niño y el Adolescente en Brasil (1989) y por la incidencia de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing).³⁴ En el lenguaje de estas normas,

ción Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto N° 27-03, Capítulo V (Sanciones); y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto N° 27-03, Capítulo VIII (Sanciones socioeducativas).

34. Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing), Regla 11. Remisión de casos: "11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a

se llama *remisión* a lo que técnica y conceptualmente no es más que una forma de lo que en Derecho procesal penal se conoce como “principio de oportunidad procesal”: la facultad discrecional del Ministerio Público Fiscal para resolver qué casos se llevan a la justicia penal y qué casos no. Existen muchas razones por las que los fiscales –no los jueces, como se regula en muchas legislaciones de menores infractores en América Latina– pueden y deben administrar racionalmente los casos en los que se pondrá la energía y recursos persecutorios estatales.³⁵ Esa discrecionalidad debe desarrollarse dentro de regulaciones marco ya que, a diferencia del modelo adversarial anglosajón, nuestro modelo procesal está construido sobre la base del principio opuesto que es el de persecución penal pública o de oficio de todos los delitos de los que tome conocimiento el Estado (principio de legalidad procesal).

La presencia de un acusador particular plantea otros problemas que no puedo desarrollar aquí pero que se relacionan con los objetivos del procedimiento especializado, motivo por el cual en general se tiende a no habilitar su participación en la justicia juvenil, al menos no de forma autónoma.

¿Cuál tiene que ser el contenido de la reparación (ya sea introducida por la vía procesal, ya sea que haya sido regulada como pena)?

Esta pregunta es muy importante debido a que si el contenido de la salida reparatoria sin juicio (por aplicación del principio de oportunidad, por ejemplo) es similar a la que acontecería luego de un juicio

las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 *infra*, para que los juzguen oficialmente. 11.2 La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. 11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”.

35. A modo de ejemplo, Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley N° 8069, Capítulo V (De la remisión); Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, arts. 336.4, 351, 352, 353, y 356; Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto N° 27-03, Sección III (Formas de terminación anticipada del proceso); y Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley N° 287, Capítulo II (La conciliación).

donde se debata y pruebe la responsabilidad del adolescente en los hechos, el modelo tiene un problema, por lo menos en términos pedagógicos, que es una finalidad propia de todo proceso penal juvenil.³⁶

El modelo tendría así una seria dificultad en términos de su justificación. Es por ese motivo que las sanciones reparatorias no pueden tener el mismo contenido que las medidas reparatorias ordenadas antes del juicio de responsabilidad. Las dificultades prácticas son evidentes, pero es preciso tener claras las diferencias teóricas para introducir reformas.

Otra figura que se usa con frecuencia en el derecho argentino es la suspensión del juicio a prueba, que como se sabe no se trata de la *probation* del derecho anglosajón. En la mayoría de los casos, la suspensión del juicio a prueba implica alguna solución de tipo reparatorio, si bien el consentimiento de la víctima no es vinculante para que el juez la otorgue. No obstante, se diferencia esta salida de las que se pueden implementar como *diversion* en que en este último caso ni siquiera se ha iniciado un proceso penal.³⁷

36. Palomba, Federico, *El nuevo proceso penal del menor*, Buenos Aires, Eudeba, 2004.

37. La ley N° 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, regula el proceso de suspensión de juicio a prueba en el Título IX (Suspensión del proceso a prueba) y al respecto establece que: “A pedido del/la imputado/a, del/la Defensor/a o del/la Asesor/a tutelar, se podrá proponer la suspensión del proceso a prueba fundamentadamente. La suspensión también podrá disponerse aún en aquellos casos en que el delito imputado sea susceptible de sanción con pena privativa de libertad en centro especializado, teniendo en miras el principio del interés superior, su reinserción social, su protección integral y con la finalidad de mantener y fortalecer sus vínculos familiares y comunitarios...” (cfr. art. 76) y, en relación con las pautas para la determinación de las condiciones de cumplimiento, dispone que “Se privilegiará aquellas cuya finalidad comprenda su salud, educación, aptitud laboral, así como el mantenimiento y fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios” (cfr. art. 77). Por otro lado, la Ley N° 6354 de Mendoza regula el instituto en los artículos 151 y 152 y dispone que el juez deberá hacer conocer al adolescente y a su representante la posibilidad de recurrir a la suspensión del juicio a prueba, bajo pena de nulidad. La Ley N° 2302 de Protección Integral de Niños y el Adolescentes de Neuquén dispone que “El imputado o su defensor podrán pedir la suspensión del proceso a prueba desde el comienzo de las actuaciones y hasta la existencia de una sentencia condenatoria firme. Luego de quedar firme una sentencia condenatoria, sólo procederá la suspensión cuando desaparezca en ese momento un obstáculo a su admisibilidad existente anteriormente. El dictamen fiscal favorable a la suspensión resulta vinculante para el juez o tribunal. La suspensión del proceso produce el cese de todas aquellas medidas restrictivas de derechos impuestas como consecuencia del proceso, debiendo

Por último, se pueden instrumentar soluciones reparatorias o conciliatorias durante todo el proceso, como formas alternativas para concluir el juicio.³⁸ El régimen procesal penal especial debería permitir que en cualquier momento se llegue a una solución reparatoria, restaurativa y conciliadora. En estos casos, debería evitarse el recurso a argumentos de tipo eficientista o de costos de inversión que impiden estas soluciones una vez avanzado el proceso por el gasto en el que ya habría incurrido el Estado, además de favorecer la indiferenciación entre la justicia penal de adultos y la especial de menores de edad, o bien el uso, en esta jurisdicción especializada, de la justicia rápida o abreviada.

Si bien es complicado de instrumentar, en el contexto de la justicia especial para adolescentes infractores no deberían ser válidas razones del tenor de: “Si el Estado ya invirtió recursos en llevar a este adolescente a juicio, ¿cómo puede aceptarse una mediación con la víctima el día antes o el mismo día de la audiencia de debate?”.

Otra cuestión importante en esta línea es la posibilidad de que alguien interprete como favorables al adolescente infractor las diferentes formas de juicio abreviado, ya que serían soluciones “alternativas” consensuadas. No puedo desarrollar el punto y hay suficientes razones

disponerse la inmediata libertad el niño o adolescente en caso de encontrarse privado de ella de cualquier modo. Se tendrá especialmente en cuenta las circunstancias particulares del hecho investigado, la participación en el hecho y el contexto social, económico y cultural del niño o adolescente imputado. La suspensión importará la paralización del proceso durante un período no superior a un (1) año, durante el cual el imputado asumirá el compromiso de no cometer delito alguno. Transcurrido el lapso fijado sin mediar sentencia condenatoria pro delito cometido en él, se extinguirá la acción penal. La suspensión no implica reconocimiento alguno ni comprobación de la responsabilidad penal, ni constituye antecedente alguno” (cfr. art. 86).

38. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que en el caso de los acusados de cometer delitos imputables en razón de su edad, cobran relevancia las salidas alternativas al proceso penal, tales como la remisión del caso o la mediación entre la víctima y el imputado así como la suspensión de juicio a prueba. (Cfr. CSJN, Fallos, 331:2691, del considerando 4º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay). Para sostener esta tesis se hizo aplicación de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” (Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C Nº 112): “[L]a jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales...”, párrafo 211.

para considerar que las formas abreviadas de juicio mediante negociación con los fiscales (*plea bargaining*) no deberían ser incluidas en sistemas de justicia juvenil conforme los principios que aquí fueron someramente presentados.

Básicamente, el principal problema de la aplicación de este instituto en el proceso penal juvenil es su incompatibilidad con el principio de especialidad, derivado del derecho de los niños a su protección especial y, como se indicó, de la preponderancia de la finalidad de reintegración social. Está comprobado que el juicio abreviado se traduce en el uso masivo y generalizado de una respuesta punitiva de baja calidad, burocrática y alejada de los ideales de resocialización determinados por el *corpus juris* de protección de derechos a la infancia; en otras palabras, se trata de una regulación incompatible con los estándares internacionales de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes.³⁹

Finalmente, quiero resumir las cuatro cuestiones principales en las que podría sintetizarse el tema que he tratado.

La primera se refiere a la gravedad de los hechos imputados al adolescente, lo que nos conduce a aquello con lo que comencé la presentación: cuánto delito, cuánto derecho penal es adecuado; para qué hechos delictivos imputados a menores es preciso mantener un imaginario cuyas claves sean víctimas y castigos, y para cuáles no; y cómo en este contexto “metapenal” operan las garantías procesales.

La segunda cuestión se refiere a la pertinencia de una discusión sobre la responsabilidad: ¿es razonable implementar un sistema de justicia juvenil, y a su interior un sistema reparatorio, que ignore adjudicar responsabilidades?

La tercera se relaciona con la anterior: ¿cómo se introducen estos procedimientos “informales” y cómo entran en tensión con las garantías procesales sin que se debata la responsabilidad?

La cuarta y última cuestión se refiere al programa pedagógico a implementar con el adolescente infractor como consecuencia de un acuerdo reparatorio y a sus alcances y límites, según cada una de las variantes legales. Este es un programa que no está escrito ni desarrollado aún en ningún país de América Latina.

39. Véase, Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, *op. cit.*

En *Los límites del dolor*, con gran claridad, Nils Christie escribió que los delitos son torpes intentos por decir algo.⁴⁰ En el caso de los adolescentes, yo agregaría que los intentos son especialmente torpes. Christie continúa diciendo que nosotros (la sociedad) respondemos con una igualmente torpe cucharada de dolor, que es la pena, el castigo. El autor nos indica con sabiduría que deberíamos ser capaces de construir sistemas legales en los cuales la necesidad percibida de causar dolor para recuperar la paz social tienda a reducirse. Abusando de sus metáforas, podría decirse que las respuestas penales (y los derechos y garantías que son, al mismo tiempo, su justificación y su límite) son como joyas que se llevan a las fiestas, pero que no se usan todos los días para todas las ocasiones. La vestimenta penal se reserva así sólo para esa celebración dramática que es relevante en términos simbólicos para la comunidad –más allá de los resultados concretos que produce–, y para la subjetividad del adolescente –por lo que los psicólogos nos han enseñado–.

Entonces, ¿cómo se reformula felizmente el cuatrinomio “adolescente, responsabilidad, juristas y pedagogos”? No lo sé, y creo que ningún abogado podría saberlo. Sí tengo la intuición de que los juristas ya colaboraron con este proceso e hicieron su parte, al señalar la relevancia y devolver las garantías a estos rituales, por lo que tal vez ahora a los pedagogos y a quienes se ocupan de la intervención social les corresponda continuar el proceso; quizás de ese modo lograremos algún día reducir suficientemente la necesidad percibida de castigar a los adolescentes para que se reestablezca la paz social, y será posible definir concretamente cuánto derecho penal juvenil es el adecuado.

Quizás en alguna oportunidad pueda llegarse a una instancia en la que ninguna cantidad de Derecho penal sea adecuada, pero sostener esto hoy en América Latina, en las condiciones actuales, me parece una irresponsabilidad política y una falacia teórica.

40. Christie, Nils, *Limits to pain*, *op. cit.*, *supra* nota 18.

**EXPERIENCIAS DE OTRAS JURISDICCIONES
EN JUSTICIA RESTAURATIVA**

ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL PENAL JUVENIL EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Por Fernando Martín Reinas*

PROCESO ACUSATORIO

En la provincia de Buenos Aires, desde 1997 contamos con la Ley N° 11922, que sancionó el Código Procesal Penal (CPP), un código moderno con un claro perfil de corte acusatorio, aunque con distintas reformas parciales, producto de las tensiones sociales y políticas vividas a lo largo del tiempo.

En definitiva, se trata de un código en el que el fiscal es quien ejerce y dispone de la acción penal, y en el que el juez de garantías es quien observa y controla el cumplimiento de las garantías y decide sobre las cuestiones que las partes someten a su consideración. Claramente se instaaura la libertad como regla y la privación de ella como herramienta de último recurso. Se sostiene así el espíritu del principio acusatorio, la separación de funciones, los criterios de oportunidad, el no enajenamiento de llevar todo a juicio oral y la participación de la víctima.

Específicamente en el Fuero Penal Juvenil, desde 2007 contamos con la Ley N° 13634, que enumera los principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal. Se destacan, entre ellos, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima. También que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, que adquiera respeto por los derechos humanos (DD. HH.) y las libertades fundamentales de todas las personas.

Dentro de la lógica procesal, los fiscales somos considerados “parte” en sentido formal. Somos parte orgánica del proceso; actores

* Fiscal para actuar ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, Departamento Judicial de Campana, provincia de Buenos Aires.

indispensables y necesarios. Esta característica nos legitima para demandar la actuación de la ley penal en el caso concreto disponiendo de todos los recursos que el proceso pone a nuestro alcance para lograr nuestro objetivo; esto es, sostener y fundar una acusación, cuando estimemos necesario, pero con la particularidad de que el sujeto acusado es “un sujeto menor de edad”.

FUNCIÓN

Creo que nuestra función en el proceso es vital, no sólo actuamos con objetividad y custodiamos la legalidad, sino que intentamos solucionar conflictos de la sociedad y conflictos originados por adolescentes.

Nuestra tarea excede el marco de una estadística de la Procuración General que mide cantidad de detenciones y condenas porque justamente lo que nos interesa, como fiscales del fuero, es evitar las detenciones y condenas a los adolescentes. Nos guiamos por otros principios rectores que nos guían en el camino de un proceso penal juvenil.

No somos fiscales de personas adultas; tenemos una responsabilidad mayor y más específica, que exige de nuestra parte efectivizar el famoso plus de derechos que requiere la administración de justicia juvenil. Asimismo, este rol protagónico trasciende la investigación penal preparatoria (IPP) y se extiende durante todas las etapas del proceso.

JUSTICIA RESTAURATIVA

Actualmente, la justicia penal tradicional tiene grandes dificultades para resolver problemas. La justicia no soluciona los conflictos, mucho menos los conflictos de los adolescentes. Sabemos, por otro lado, que la pena de prisión y el encarcelamiento es la *ultima ratio* en el fuero penal juvenil.

Esta situación delicada nos compromete en nuestro accionar diario y nos convoca a resolver y abordar los conflictos penales de otra manera. Por ello, entiendo que tenemos que aprovechar los mecanismos alternativos al proceso y aplicarlos directamente en nuestra labor

cotidiana. Este tipo de abordaje genera procesos más informales y, muchas veces, resultados más eficaces.

Estoy convencido de que su utilización no depende de nuestros criterios formales, sino de nuestros criterios materiales y actitudinales frente a la visión del proceso. No se trata de resolver un frío expediente con normas que lo justifiquen, sino de resolver un conflicto con normas que lo vitalicen. Es una cuestión de enfoque que nosotros, como operadores en niñez y adolescencia, no podemos dejar de tener presente.

Debemos ser más flexibles con el principio de legalidad y aplicar verdaderos criterios de oportunidad, situación muchas veces zanjada en la justicia de adultos y que aún no se efectiviza en términos generales en el fuero penal juvenil.

Como fiscales debemos superar la lógica sancionadora o punitiva y brindar alternativas no represivas, reconocer y dar lugar a la víctima, reducir su sufrimiento y crear compromiso con los adolescentes autores del ilícito.

Este proceso ayuda a introducir un orden simbólico de la ley que procura que los jóvenes en conflicto se hagan cargo de sus situaciones y registren al otro como uno diferente, que reparen la ofensa vivida y que ambas partes readquieran dignidad. De esta manera, se hace un aporte al carácter pedagógico del proceso juvenil y se reeduca así a los adolescentes. Genera, en definitiva, bienestar social.

Considero que, como operadores, debemos permitirnos otra cultura profesional, distinta de la justicia tradicional y ordinaria. Creo que, desde la Justicia, debemos ser permeables a brindar respuestas adecuadas para cada situación de la realidad. Habrá casos para mediación y casos que inevitablemente (por su contradictoriedad, gravedad y su complejidad) derivarán en otra respuesta procesal, como el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (SJP), o serán para juicio oral. Pero debemos estar atentos para racionalizar y optimizar los recursos del Estado en pos de la mejor gestión y solución de cada conflicto.

Debemos aplicar nuestra empatía, pensando en la satisfacción del otro. Desde ya que muchas veces el proceso puede fracasar, pero vale la pena intentarlo. Los principios rectores del fuero así lo imponen.

Creo que la concepción del modelo de justicia está cambiando de un modelo verticalista a uno más horizontal; por lo tanto, debemos aplicar una justicia de mayor proximidad. La idea es permitir la cons-

trucción de reglas negociadas, que provengan directamente de los sujetos interesados y no de un juez externo y superior. Lograr un acuerdo concreto que no surja del mediador, sino de las partes, pues son ellas las que se deben acercar y tratar de resolver el problema estructurando un acuerdo parcial que pueda ser cumplido en el futuro. Vamos hacia una justicia más práctica e informal y menos estigmatizante. Lo cierto es que una intervención penal más dura no va a resolver estas cuestiones.

Reitero que tenemos que racionalizar el sentido simbólico de la ley en la vida de los adolescentes. Debemos intentar lograr una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad disminuida, ya que hablamos de personas en proceso de formación y crecimiento. Tenemos que lograr una óptima individualización de la respuesta. Recordemos que la clave, en el Derecho Penal juvenil, es lograr un equilibrio entre el aspecto sancionador y el aspecto educativo.

Cabe recordar y tener siempre presente por qué se ha excluido a los menores de 18 años del Derecho Penal común y se los ha sometido a una jurisdicción especial. La respuesta es: para que reciban un tratamiento acorde con su grado de madurez. Y aquí se impone otra pregunta: ¿lo estamos logrando?

“Ellos tienen capacidad de culpabilidad disminuida con una responsabilidad penal específica”.

Se admite un tratamiento diferenciado, porque está demostrado científicamente que el razonamiento del adolescente es distinto al del adulto. Está en plena etapa de desarrollo físico, cognitivo, emocional, social, moral y legal, pero con suficiente capacidad para comenzar a responder ante la sociedad por los actos que realice en contra de ella.

Este criterio fue recepcionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 40 del caso Maldonado, donde se fundamenta que la reacción punitiva estatal debe ser inferior con respecto a la que correspondería, a igualdad de circunstancias, para un adulto, dada la inmadurez emocional o afectiva característica de su etapa vital evolutiva.

Por lo tanto, las leyes y los operadores debemos ajustarnos a este marco teórico para administrar justicia adecuada para adolescentes. Ellos deben tener un reproche penal diferenciado del que corresponde para nosotros los adultos ya que el razonamiento legal del adolescente

es distinto al razonamiento legal del adulto, quien tiene capacidad plena de autodeterminación.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Cuando nos encontramos ante algunos de los casos regulados por las normas, como Ministerio Público podemos prescindir de la acción penal. Esto tiene por finalidad posibilitar un uso racional de los recursos estatales abandonando la persecución, en determinados casos con características legales específicamente establecidas. Sobre todo en el fuero de menores que nos convoca. Siempre debemos estar atentos a los fines de propiciar una solución alternativa al juicio oral.

Por ello, desde la primera etapa de la Investigación Penal Preparatoria (IPP), podemos celebrar audiencias de archivo, aplicar el instituto de la remisión, la mediación penal juvenil y la suspensión de juicio a prueba.

Estas salidas alternativas al juicio tienen la finalidad de permitir la resolución eficiente de causas que, por sus características, pueden admitir una solución más pronta, efectiva, amigable y eficiente que un juicio oral propiamente dicho.

Creo que además estas vías son una herramienta que nos permite priorizar nuestros recursos hacia la persecución de aquellos casos en los que por su relevancia penal, suficiencia probatoria o características propias, ameriten una investigación orientada a la celebración de un juicio oral.

De esta manera, se puede brindar una respuesta pronta y adecuada a las partes en conflicto tomando en consideración los intereses del Estado y de los involucrados directos en el conflicto, cuando al menos que una de esas partes es un adolescente.

Justamente, somos nosotros los que debemos seleccionar los casos y gestionarlos de manera efectiva para brindar una respuesta lo menos punitiva posible considerando el interés de la víctima y la posibilidad de reparación del daño sufrido.

Propongo racionalizar nuestros recursos, evaluar sensatamente los casos, profundizar la investigación de las causas realmente graves. En definitiva, ofrecer a la sociedad una solución más adecuada a sus verdaderos conflictos e intereses; bajar los estándares y los principios

internacionales al caso concreto, hacerlos realidad por medio de nuestra intervención, logrando una administración de justicia más próxima al ciudadano. No creamos que la sociedad reclama juicios y penas contra menores.

El proceso penal no es un proceso lineal juicio - castigo - pena. Ni siquiera lo es en el fuero de adultos, menos aún en el fuero de menores. Como operadores en niñez, nos corresponde evaluar *a priori* el abanico de posibilidades y adoptar una decisión inicial determinando cuál es el camino a seguir con el caso que se nos presenta en cada IPP. Para eso se debe asumir desde ya el costo/beneficio que implica. Todo tiene un costo y muchas veces, como fiscales, la sociedad, las agencias políticas o el sistema judicial nos lo hace saber. Sin embargo, para poder superar estas exigencias externas, tenemos que estar seguros y comprometidos con el rol que ejercemos. Somos fiscales de una justicia para adolescentes y eso debe allanarnos el camino.

NORMATIVA

Tenemos una sobreabundante y riquísima normativa, provincial, nacional e internacional, que, aplicada de manera conjunta y sistemática, justifica ampliamente nuestro proceder. La Ley de Ministerio Público N° 12061 asigna a los agentes fiscales legitimación plena como representantes de la sociedad en procura de la vigencia equilibrada y simultánea de todos los valores consagrados en las normas vigentes, por lo cual impone no sólo atender la persecución de quienes delinquen, sino también procurar la armonía de la convivencia mediante la solución pacífica de los conflictos y la asistencia a la víctima. De esta manera, la ley auspicia la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos.

Los fiscales actuamos respetando los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad y unidad, en defensa de los intereses de la comunidad. Argumentamos racional y claramente nuestras opiniones para fundamentar nuestras decisiones. Procuramos esclarecer hechos e intentamos sancionar a sus responsables. Dirigimos inves-

tigaciones de hechos delictivos, con el objetivo de aplicar una sanción justa y rápida.

Nos corresponde promover y ejercer la acción penal (artículo 56 CPP), pero también estamos facultados para aplicar racionalmente criterios de oportunidad en cualquier etapa del proceso, especialmente en aquellos institutos que propicien la reparación de la víctima.

Por otro lado, la situación de no tener una ley específica sobre mediación penal juvenil en nada obstaculiza su aplicación legal ya que, partiendo del principio de oportunidad procesal, los principios rectores del fuero penal juvenil y la abundante normativa internacional en la materia, justificamos ampliamente su procedencia:

- A tenor de lo previsto en la Ley N° 22278, se advierte que el principio general es la eximición de pena y la imposición de una sanción constituye la excepción. De esta ley se infiere que el objetivo principal es la reeducación y resocialización del menor que infringe la ley penal.
- La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en sus artículos 40.3 y 40.4, establece que siempre que sea apropiado y deseable, “deberá establecerse” la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar, y guardar proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

La CDN tiene por finalidad procurar la recuperación psicofísica del menor en pos de su interés superior (artículos 39 y 3, apartados 1 y 2).

- El mandato es lograr la reinserción del menor mediante procesos especiales destinados a su mejor interés, que hagan a su socialización (artículos 3.1 y 40 CDN y artículo 8 Directrices de RIAD).
- Los Objetivos de las Reglas de Beijing atienden a la promoción del bienestar del menor y a la proporcionalidad, y buscan evitar la aplicación de medidas meramente punitivas (art. 5). El ideal es encontrar la justa retribución con la gravedad de la ofensa. Para ello, se deben tener en cuenta las circunstancias personales, *status* social, situación familiar y el daño causado por el crimen. En el mismo sentido, es fundamental tener en cuenta

el esfuerzo del joven para indemnizar o reparar a la víctima y su voluntad de alcanzar una vida fructífera.

- El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 10, párrafo 10, determina que cuando se trate de menores delincuentes, el objetivo de la justicia penal debe ser la rehabilitación y justicia restitutiva.
- Además, contamos con un instrumento internacional del *soft law* para el desempeño de los fiscales llamado “Las directrices sobre la función de los fiscales”, dictado en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en 1990. Su Directriz N° 19 brinda ciertas pautas de actuación en el proceso penal juvenil:

... deberá tenerse especialmente en cuenta el carácter y la gravedad del delito, la protección de la sociedad y la personalidad y los antecedentes del menor. Cuando se pronuncien, los fiscales tendrán especialmente en cuenta las posibles alternativas del enjuiciamiento de conformidad con las leyes y procedimientos pertinentes en materia de justicia de menores. Los fiscales harán todo lo posible por emprender acciones contra menores únicamente en los casos en que sea estrictamente necesario.

INTERDISCIPLINA

No quiero dejar de mencionar un factor esencial para que pueda operar el mecanismo de la mediación, como es tener la capacidad de trabajar interdisciplinariamente y reconocer el desempeño de los psicólogos y los trabajadores sociales, tanto a ellos como personas, como a sus disciplinas, porque son los que realmente articulan, elaboran los informes técnicos y diseñan las estrategias de los acuerdos restaurativos. Este respeto y valoración por el trabajo del otro genera confianza, facilita los canales de comunicación, genera mejores condiciones laborales y seguramente resultados más auspiciosos.

Menciono esto porque considero que no es un detalle menor, en la provincia de Buenos Aires desde hace tiempo venimos aplicando un cambio de paradigma, en el que se respeta plenamente al niño como sujeto

de derechos, se instaura el proceso acusatorio y el juez ya no detenta el poder absoluto para resolver el conflicto unilateralmente. Hoy, mediante el principio de oportunidad logramos flexibilizar y redireccionar los procesos hacia distintas alternativas y que no todo termine ante el juez.

Debemos dejar de lado el prejuicio que tienen muchos operadores jurídicos que consideran que resignar competencia es resignar poder. Esto es cuestión de tiempo y de que nosotros como operadores asumamos los roles que el estándar internacional nos impone.

FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN LOCAL

En el Departamento Judicial Zárate Campana contamos con una Secretaría de Mediación Penal, dentro de la órbita de la Fiscalía General, que a su vez circunscribe su accionar al ámbito de la Oficina de Mediación de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires.

Allí no se desjudicializa totalmente el conflicto (a diferencia de otros departamentos judiciales), ya que la mediación se realiza dentro del proceso penal. En el Área de Oarac dependiente de MPF hay personal (psicólogos) con formación en mediación penal juvenil, que dependen de la Procuración General.

El fiscal selecciona el caso, la defensa presta su conformidad y, si las partes tienen voluntad, se remite al área específica de resolución de conflictos, en la que se cuenta con el espacio adecuado y las audiencias necesarias para que víctima y victimario puedan restablecer la relación que tenían antes del hecho antijurídico. La idea es intentar reparar el daño causado a la víctima reafirmando la norma violada y que se asuma el compromiso de observarla en el futuro.

Luego, si las partes arriban a un acuerdo, el fiscal archiva la causa. Caso contrario, se reactiva el proceso penal ordinario. En el proceso de mediación se respetan los principios de voluntariedad de las partes, el de la confidencialidad y el de la neutralidad e imparcialidad.

Para la selección de delitos –preferentemente casos de disfunciones familiares o comunitarias, que pueden derivar en lesiones leves, amenazas, usurpaciones, daños, hurtos, robos, etcétera– se respetan las garantías procesales ya que se notifica a las partes, incluida la

defensa. La audiencia se lleva a cabo en un ámbito propicio para el diálogo, con presencia y asistencia del equipo técnico.

BENEFICIOS

Para finalizar, no me cabe ninguna duda de los amplios beneficios de la mediación, conocidos por todos, pero por sobre todas las cosas quiero destacar el carácter pedagógico de reafirmación de las normas en la sociedad.

Mediante esta vía el joven construye un acuerdo de voluntades respetando al otro y creando una norma en sí misma. Asume un compromiso con él mismo. Esto ayuda a que el menor asuma la responsabilidad de su conducta y también a que asuma sus consecuencias y tome conciencia del daño ocasionado, internalizando así pautas de comportamiento, y fomentando la empatía, la autonomía progresiva y la construcción de un proyecto de vida digno. Tiene un efecto adicional que una pena de prisión no tiene.

Una verdadera ventaja del mecanismo en cuanto a la víctima y victimario, es el incremento de la comprensión y el sentido de pertenencia a la comunidad respecto de su sistema judicial, como resultado del compromiso y participación con la víctima. Lo considero un mecanismo que ayuda a fortalecer el valor simbólico de la ley; que funciona como límite, pero también opera como posibilidad. La “ley”, utilizada como principio de interpelación, obra con percepción de la transgresión, y así la violencia puede ser percibida como tal. Una vez que se registra ese límite violado, se comprende el valor de la regla y eso se apropia para toda la vida, en cualquier ámbito donde se desenvuelva.

CONCLUSIÓN

Para concluir, seamos honestos en que no todas las conductas le interesan al Derecho Penal y que la pena de prisión no puede dar respuestas a todos los conflictos entre las personas. Mucho menos a los conflictos con adolescentes. No estamos dando las respuestas que la

sociedad necesita. Debemos modificar nuestra manera de pensar la Justicia tradicional y ordinaria. Debemos hacer un cambio de mentalidad en las agencias penales encargadas de distribuir justicia. Es la única manera de lograr los cambios de fondo.

Asumamos el desafío de establecer estrategias de trabajo con una mirada distinta, con una dinámica y con una lógica diferente, y de tomar decisiones proporcionadas para adolescentes, de acuerdo con la mejor gestión del conflicto.

Hoy en día la “justicia de los adultos” es protagonista de la crisis y la insatisfacción. Sería inadmisibile sumar la “justicia de los niños” a esta crisis. Brindemos a la gente un servicio de justicia más cercano, que incluya al autor, a la víctima y a la comunidad. En definitiva, brindemos un servicio de justicia más “humano” para lograr la tan anhelada paz social. Estamos a tiempo de intentarlo.

CAMINO HACIA LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES – DISTRITO PILAR

Por María Paz Rodríguez Senese*

El fin del derecho es la paz, y la lucha el medio para alcanzarla.¹

El eje del presente trabajo es transmitir la realidad de los jóvenes de la provincia de Buenos Aires (en adelante provincia), en particular en el distrito Pilar, teniendo en cuenta que existe un procedimiento penal juvenil especializado² para los jóvenes que cometan hechos tipificados como delitos, aplicando de modo subsidiario la privación de libertad (*ultima ratio*), únicamente cuando los ataques a los intereses jurídicos tengan una connotación de gravedad y no pueda solucionarse el conflicto por sistemas alternativos no punitivos. Asimismo, la provincia cuenta con órganos de justicia con competencia especializada en materia penal juvenil: Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, Juzgado de Garantías del Joven, Defensores y Fiscales para actuar en el Fuero Penal Juvenil.

En el ámbito local, existe un Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño³ (SPPDN), cuya autoridad de aplicación es

* Abogada (UNMDP). Especialista en Derecho Penal (UCA). Diplomada en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de San Isidro. Docente en la cátedra Análisis y Gestión del Conflicto Penal de la Universidad de San Isidro. Desde 2011 hasta la actualidad se desempeña en el cargo de Defensora Oficial del Fuero Penal Juvenil del Depto. Judicial San Isidro (Distrito Pilar) y fue relatora de la Sala 1ra de la Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro, provincia de Buenos Aires.

1. Von Ihering, Caspar Rudolf, *La lucha por el Derecho*, Biblioteca Virtual Universal, p. 1. Disponible en: www.biblioteca.org.ar

2. Ley N° 13634, sanc. 28/12/2006; prom. con obs. por D. 44/2007 del 18/01/2007, c/ modif Ley N° 13645, 13772, 13797 y 13821 BO del 13/05/2008 c/modif. Ley N° 14116 y N° 14765.

3. Ley N° 13298, sanc. 29/12/2004; prom. 14/01/2005, c/ obs.; BO 27/01/2005, c/ mod. Ley N° 13634 BO 02/02/2007. Art. 14: “El Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños es un conjunto de organismos, entidades y servicios que for-

el Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia, actualmente a cargo de la Directora Ejecutiva la Lic. Pilar Molina, y, dentro de este, la Subsecretaría de Responsabilidad Penal Juvenil a cargo del Dr. Felipe Granillo Fernández, en la cual se gestionan las cuestiones de los jóvenes privados de libertad (centros cerrados, contención y recepción) y los centros de referencia (CDR) existentes en cada departamento judicial, que son espacios descentralizados de articulación de las políticas sociales, conformados por equipos interdisciplinarios, que trabajan para construir estrategias de desarrollo, de atención ambulatoria, para el cumplimiento de medidas alternativas a la privación de la libertad ambulatoria. Con funciones de evaluación, atención y/o derivación de los jóvenes a programas desconcentrados en municipios (Servicios Locales y Zonales de Protección de Derechos) u organizaciones de la comunidad.

En este contexto, podemos reconocer un importante avance en la adecuación de la legislación provincial a las exigencias de los Instrumentos Internacionales relacionados con los principios, derechos y garantías de los jóvenes, en particular los principios de: 1) privación de libertad como *ultima ratio*, 2) mínima intervención, 3) subsidiariedad, 4) solución de los conflictos y 5) participación de la víctima,⁴ entre otros; por eso, aunque no se encuentre legislado un procedimiento

mulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino. El Sistema funciona a través de acciones intersectoriales desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o desconcentrado, y por entes del sector privado...”. Art. 16. “El Poder Ejecutivo designará a la Autoridad de Aplicación del Sistema de Promoción y Protección de los derechos del niño, que tendrá a su cargo el diseño, instrumentación, ejecución y control de políticas dirigidas a la niñez...”.

4. Art. 33, Ley N° 13634: “Son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respecto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas”.

para gestionar el conflicto, lo cierto es que podemos aplicar programas de justicia juvenil restaurativa como un nuevo modelo jurídico para abordar los conflictos en materia penal, con la participación activa de la víctima, el victimario y la comunidad, a fin de procurar la pacificación social y el consecuente restablecimiento del orden social.

Entonces, al carecer la provincia de Buenos Aires de un procedimiento reglado, cada Departamento Judicial gestiona la solución de conflictos de distinto modo según las características demográficas, sociales, culturales y humanas, e incluso con el acuerdo de la Secretaría de Estrategia Institucional y Gestión de Oficina Central de Mediación de la Procuración General de la Provincia:

Lomas de Zamora: a instancias de la Defensoría General, implementó métodos alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa por medio de una Secretaría de Mediación conformada por un equipo especializado en resolución alternativa de conflictos juntamente con el gabinete psicoasistencial. En 2011 se creó una Defensoría de Mediación Penal Juvenil y Justicia Restaurativa; en 2015 se sumó a la iniciativa el Ministerio Público Fiscal del Fuero Penal Juvenil y por resolución conjunta se creó el Área de Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos Penales y Justicia Restaurativa, y se invitó a trabajar en ella al Cuerpo Técnico Auxiliar del Departamento Judicial dependiente de la Suprema Corte de Justicia con un protocolo de actuación.

San Isidro: a instancia del Dr. Calvo Soler, que realizó un proyecto de intervención temprana en la delincuencia juvenil primaria aplicando programas de justicia restaurativa a través de convenio entre Ministerio Público, Municipalidad, Colegio de Abogados, Universidad, existe una derivación de casos por parte del Ministerio Público y la Judicatura, con la intervención de dos facilitadores (mediadores del Colegio de Abogados especializados en justicia juvenil restaurativa) y un equipo técnico que son remunerados por la Municipalidad de San Isidro. Procede, en principio, en casos de delitos menores en los que no se ejerza la violencia, y se aplica sólo para jóvenes no punibles, esto es, menores de 16 años. El programa tiene como objetivo la generación de respuestas restaurativas, teniendo el victimario el compromiso y la oportunidad de restaurar el daño que sus actos generaron, y la víctima, sentir que vuelve a tener el control de su vida, apuntando también a la incorporación de la comunidad en la respuesta restaurativa

haciéndola participe de la solución de manera activa. Sólo se realizó el programa piloto en el Distrito San Isidro, pero en Pilar hasta el momento no se logró dicho convenio.

Distrito Pilar: aquí funciona una Defensoría y una Fiscalía Penal Juvenil descentralizadas del Depto. Judicial de San Isidro y un Juzgado de Garantías del Joven y un Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil; los jóvenes que cometen hechos ilícitos en nuestra jurisdicción son aprehendidos por la policía e inmediatamente se comunican con el Ministerio Público Fiscal, quien dispone las medidas investigativas y decide, en el caso de delitos no detenibles, que los chicos sean entregados a los padres y, si resulta ser un hecho ilícito grave, solicita la detención y trasladan al menor a un Centro Cerrado, generalmente a la ciudad de La Plata, hasta la realización de la audiencia de prisión preventiva (cinco días después de la detención), en la que muchas veces se dicta la medida de coerción con delitos que son susceptibles de suspensión del proceso a prueba.

Por eso, debemos prestar atención en el problema coyuntural de los chicos que ingresan en el Sistema Penal Juvenil pero que no se encuentran detenidos; aquí es donde entiendo que no se aborda el conflicto de manera inmediata, porque luego de cometido el hecho ilícito, transcurre bastante tiempo hasta que los chicos son citados a declarar a la audiencia del artículo 308 del CPP (declaración indagatoria art. 294 CPPN); es por ello que, una vez ingresados al proceso penal, los chicos carecen de acompañamiento por parte de los organismos del Estado y continúan fuera del ámbito escolar, consumen estupefacientes y en ocasiones reiteran las mismas conductas que los llevaron al proceso.

En el Distrito Pilar, las causas sin detenidos pueden tardar aproximadamente un año desde la comisión del hecho ilícito hasta que la causa es elevada a juicio, es por ello que en el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil se intentan encontrar soluciones alternativas al conflicto –toda vez que en el Distrito Pilar, la Fiscalía y el Juzgado de Garantías Joven entienden que ese es el ámbito para discutir la suspensión del juicio a prueba–, entonces en el caso de acordarse la *probation* –que generalmente tiene un plazo de un año y se ofrece la reparación simbólica del daño–, los chicos infractores se encuentran sometidos a proceso penal –en la mayoría de los casos–, por el período de dos años aproximadamente, en contra de los estándares internacionales de mí-

nima intervención, pronta resolución de los procesos y con la finalidad de apuntar a tener pautas integradoras y educativas para lograr una comunión entre los intereses de la sociedad y la integración de los jóvenes en dicho ámbito.⁵

Es por eso que, en nuestra jurisdicción, los conflictos penales tienen solamente dos soluciones alternativas, pero únicamente en el Juzgado de Responsabilidad Penal: la suspensión de juicio a prueba (art. 76 ter CP) y la Remisión (Regla 11 de Beijing y art. 84 Ley N° 13634).

Ante este dato de la realidad, desde la defensoría comenzamos a ver con preocupación que los chicos infractores no tuvieran ningún tipo de seguimiento desde la comisión del hecho hasta el momento en que la causa quedara radicada en el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, quien realiza el debido seguimiento de los jóvenes, pero lo cierto es que la justicia llega a destiempo.

En virtud de ello, realizamos una prueba piloto de cuatro meses, para conocer la realidad de los chicos infractores involucrados en las causas penales, procedíamos a citarlos a la Defensoría cuando nos llegaba un parte policial por la comisión de un hecho ilícito, por un delito no detenible pero con un grado de violencia considerable, o cuando los jóvenes en libertad eran llamados a prestar la declaración del artículo 308 del CPP, y nos encontramos con una realidad constante y alarmante: deserción escolar, abandono, violencia, problemas intrafamiliares, abuso de sustancias estupefacientes, trabajos precarios, indocumentación, problemas de salud, etcétera.

Los chicos citados concurrieron una vez por mes durante esos cuatro meses con sus progenitores, que fueron alrededor del 60% del total, de los cuales el 90% de los casos se derivaban al Centro de Prevención de Adicciones (CPA) o al Registro de las Personas porque carecían de DNI o este se encontraba desactualizado; intentábamos darles alternativas para desviar su atención a otro tipo de actividades que les permitieran aprender de las situaciones vividas, escuchándolos de forma activa y ofreciéndoles una oportunidad para que se responsabilicen y tengan intenciones genuinas de reparar el daño,

5. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (arts. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4).

intentando evitar la reiteración de las conductas y proponiéndoles un cambio para ellos mismos.

La mayoría de los jóvenes que concurrieron a esta dependencia no siempre podían ser escolarizados porque se encontraban las clases avanzadas; entonces, como tenían intereses en determinadas actividades, contactábamos las escuelas de oficios del municipio para que hicieran algún curso (peluquería, computación, costura, etc.) que comenzaban muy entusiasmados, pero la mayoría terminaba abandonando por diferentes razones: económicas, personales, culturales, entre otras.

Tuvimos conversaciones con la Fiscalía, donde llegamos a un acuerdo: en las causas en las que los jóvenes lograban cumplir con las reglas establecidas se les reducía el período de prueba de la suspensión del juicio de un año a seis meses; no obstante ello, era necesario abordar la problemática de forma integral, lo que no estaba a nuestro alcance, no para asumir una competencia asistencial –que le compete a otros órganos administrativos–, sino para abordar la dimensión social del delito e intentar superar la situación de conflicto que a diario y en cada caso se nos presentaba.

En este contexto, los chicos que hoy llegan al Sistema Penal Juvenil tienen sus derechos vulnerados; los padres, las víctimas y la comunidad creen que el proceso penal puede hacer magia y resolver todos los problemas; a veces, son los mismos padres quienes no pueden manejar la situación y prefieren que sus hijos vayan detenidos; otras, la víctima y la sociedad que, ante el reclamo de inseguridad, piden que continúen detenidos aunque se trate de menores de edad y, en este tironeo de idas y vueltas, existen personas, carencias, angustias, pérdidas, odios, frustraciones y toda clase de sentimientos que el proceso penal tradicional no logra abordarlos. Porque los fiscales, jueces y defensores, al chocar con esa realidad, encontramos grandes limitaciones para gestionar por las escasas herramientas que tenemos, porque aunque apliquemos toda la normativa internacional junta, el modo para resolverlo es con un trabajo en conjunto y a través de un cambio de mentalidad.

Y existe una gran resistencia a ese cambio, incluso los abogados defensores muchas veces nos quedamos en el discurso de que fuimos designados para defender penalmente a los jóvenes infractores garantizándoles el debido proceso legal a través de un juicio justo, buscando

su absolución o su sobreseimiento para desvincularlo del proceso penal, o a lo sumo una suspensión del juicio a prueba, pero allí terminaría nuestra labor.

Pero me pregunto, ¿intentar abordar la problemática juvenil de manera integral aplicando programas de justicia juvenil restaurativa, no resulta ser el mejor modo de garantizarle a un chico el derecho a una pronta resolución del proceso (art. 37. d), el derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su dignidad y el derecho a fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros (art. 40.1)? La respuesta es definitivamente sí, porque garantizaría principalmente la tan mencionada especialidad.

La experiencia atravesada nos hizo reflexionar acerca de cómo estamos trabajando en el sistema juvenil especializado, y concluimos que estamos “perdiendo por goleada” porque el infractor pierde al ingresar al sistema estigmatizador que no lo reconcilia ni siquiera consigo mismo, no logra responsabilizarse de lo acontecido, en algunos casos incluso se aleja de los afectos y continúa excluido de la sociedad –todos hemos escuchado a los chicos decir que “le está cumpliendo al juez”, o que “dónde tiene que ir a firmar”, y ahí pensamos inmediatamente, este chico no entendió absolutamente nada–, entonces, el paso por el proceso no logra alcanzar la finalidad del Derecho Penal Juvenil (reinserción, educación, reintegración a la familia y a la sociedad).

Por otra parte, pierden las víctimas que, si bien son dañadas directamente por el conflicto penal, nunca fueron reconocidas como personas; el Derecho Penal tradicional nunca pudo abordar ni contener su problemática y ellas necesitan ser miradas del mismo modo que los victimarios; también, pierde el Estado que, a pesar de los escasos recursos que posee, tiene que hacer gastos para un sistema ineficiente, y por último pierde la sociedad, porque se encuentra inmersa en una situación de inseguridad e injusticia.

La prueba piloto resultó ser el principio del camino que empezamos a transitar; al dialogar con el Ministerio Público Fiscal, el Cuerpo Técnico Auxiliar (depende del Poder Judicial) y con la Dirección de Niñez y Adolescencia (Municipalidad de Pilar), entendimos que el Sistema Penal Juvenil debe perfeccionarse a través de una nueva política de acción y evaluarse como una estrategia alternativa y efectiva de solución del conflicto, pero que el único modo posible es realizar

un cambio a través del trabajo en equipo, de forma integrada y no desmembrada, para la cual hay que optimizar y fortalecer los espacios de acción, desde los primeros quiebres de la norma.

Entonces, propusimos desde la Defensoría la creación de una Oficina de Justicia Juvenil Restaurativa que estaría sujeta a una estructura distinta y de funciones diferentes de las que tienen los Ministerios Públicos actualmente, pues debería ser un órgano análogo e independiente que garantice el derecho de la persona menor de edad en razón de que los instrumentos de derechos humanos de la niñez promueven, *prima facie*, la aplicación de prácticas restaurativas para resolver los conflictos penales juveniles, considerando esta la forma natural de enfrentar y resolverlos.

Pero como precisamente la restauración supone un cambio social debemos repensar los mecanismos para abordar los conflictos penales, con la oportunidad de incorporar variaciones que permitan una diversificación de la respuesta estatal por medio de institutos que no vulneren las garantías constitucionales; por eso, la propuesta de un procedimiento restaurativo no solo limita el *ius puniendi* del Estado en el marco de la mínima intervención, sino que también justifica la necesidad a través del principio de *ultima ratio*.

En esta dirección estamos poniendo los cimientos de una justicia juvenil restaurativa, porque creemos que es un modelo de justicia más humano porque se abordaría inmediatamente de producido el conflicto y atendería a las necesidades de los partícipes del conflicto y de la comunidad, abarcando la dimensión emocional de este (porque enfrenta las causas del conflicto y, de este modo, ayudando a los jóvenes a no volver a delinquir, estamos también ayudando a las víctimas directas; muchas de ellas desean que nadie pase por el mismo sufrimiento [cumpliendo de esta forma con una necesidad de estas], también ayudamos a otras potenciales víctimas, ya que las personas se sentirán más seguras, sabiendo que hay menos probabilidades de que este infractor vuelva a cometer otro delito y menos posibilidades de que se conviertan en víctimas).

Pero también entendemos que la justicia juvenil restaurativa no es la panacea, es decir, que no actúa como una varita mágica que arregla todo lo que hay a su alrededor, pero sí es un modelo que trata a los infractores y a las víctimas como personas, en el que es prioritario

afrontar el desafío de mirar hacia adelante, propiciando prácticas que mejoren los servicios de justicia en interés de los ciudadanos.

En este desafío es necesario salir de nuestra “zona de confort”, debemos modificar nuestras conductas, dejar de señalarnos unos a otros y tratar de encontrar los responsables de la realidad social, sin darnos cuenta de que todos aportamos y contribuimos al caos, nos quedamos paralizados en la queja constante, en compartimentos estancos y no damos lugar a la acción.

Debemos tomar parte en la comunidad, entendiendo que la seguridad urbana se aborda de manera integral, sin alimentar la idea de que “el problema está en los otros” (que los violentos son los otros) y en esto tenemos una gran responsabilidad social, los integrantes de los poderes públicos del Estado, las asociaciones sin fines de lucro, la sociedad en general y, por sobre todo, los medios masivos de comunicación social.

Hoy, en el marco de la globalidad, de la extensión de los ajustes económicos y regresivos, del incremento de la pobreza y de la brecha entre quienes más y quienes menos poseen, de los esfuerzos por generar condiciones para vivir con mayores niveles de seguridad, se impone incluir herramientas que permitan involucrar nuevos actores, establecer alianzas y compromisos que reorganicen un movimiento en pos de la valorada meta social. Es necesario propiciar el abordaje de la seguridad desde una perspectiva integradora, reubicando el problema en un contexto más abarcativo que el correspondiente a los ámbitos de justicia y policía. Intentamos instalar el enfoque de la seguridad ciudadana desde una óptica superadora del estrecho marco de la criminalidad. [...] Insistimos que la inseguridad no es entonces solamente un problema de la criminalidad. En general, los modelos de seguridad urbana son modelos de juristas. Es necesario retomar el tema de la gestión urbana, para luego reintroducir lo legal.⁶

Por todo ello, creo que resulta prioritario poner en funcionamiento una Oficina de JJR en cada uno de los departamentos judiciales, con intervención de los Ministerios Públicos de la Defensoría y la Fiscalía y un equipo técnico, afrontando la problemática de manera integral, acompañar al joven, a la familia y a la víctima para ofrecer una res-

6. Laub, Claudia, “Seguridad ciudadana en una sociedad democrática. ¿Participar en estos tiempos?”, 2010. Disponible en: [http:// www.elagora.org.ar/site/seguridad-democracia.pdf](http://www.elagora.org.ar/site/seguridad-democracia.pdf)

puesta alternativa para la solución de los conflictos y no meramente la respuesta de la justicia penal tradicional. Además, podrían coexistir el procedimiento penal tradicional con el restaurativo, e incluso resultaría procedente aplicar el proceso restaurativo post-sentencia.

El modelo de justicia juvenil restaurativa no estaría sujeto a procesos rígidos sino que resultará ser más flexible y estará compuesto por una serie de valores y principios, como el diálogo, empatía, comunicación, empoderamiento, reconocimiento, facilitación de la asunción de responsabilidad, entre otros, que ayudan a las personas a despojarse del rol de víctima o infractor, porque es real que hasta que la persona no deja de sentirse víctima, no podrá recuperar su vida normal y lo mismo, y, de la misma manera, hasta que los jóvenes puedan quitarse el mote de “delincuente” y logremos mirarlos por lo bueno que podrían llegar a hacer en el futuro, no podrán volver a la comunidad como personas “nuevas”.

Finalmente, debemos hacernos una pregunta para descubrir cuál es el rumbo a seguir en el fuero penal juvenil: ¿el sistema de justicia que utilizamos a diario en la provincia de Buenos Aires resulta ser justo, humano, equilibrado y con miras a intentar restablecer la paz social? Y como evidentemente la respuesta resulta negativa, debemos detenernos por un instante a reflexionar acerca de nuestro verdadero potencial y todo lo que cada uno de nosotros podemos hacer desde nuestro lugar; salgamos de nuestros escritorios y gestionemos el mejor modo para hacer realidad la justicia juvenil restaurativa, tratando de que el gobierno, los organismos asistenciales, las fundaciones sin fines de lucro, los empresarios, jueces, fiscales, defensores y la comunidad toda, comencemos a tener una humildad heroica, permitiéndonos desenmascarnos y empujar todos para el mismo lado.

Por último, les dejo una frase apropiada para el proceso que nos toca transitar: “La justicia es el trabajo sin descanso, no solamente de los poderes públicos, sino de todo el pueblo”.⁷

7. Von Ihering, Caspar Rudolf, *La lucha por el Derecho*, op. cit., p. 5.

BIBLIOGRAFÍA

BATTOLA, Karina E., *Justicia Restaurativa. Nuevos Procesos Penales*, Alveroni ediciones, julio de 2014.

DOMINGO, Virginia, Blog www.blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

LAUB, Claudia, “Seguridad ciudadana en una sociedad democrática. ¿Participar en estos tiempos?”, 2010. Disponible en: <http://www.elagora.org.ar/site/seguridad-democracia.pdf>

RODRÍGUEZ LLOBET, Javier, Artículo de Justicia Restaurativa y la protección de la víctima, Costa Rica.

VON IHERING, Caspar Rudolf, *La lucha por el Derecho*, Biblioteca Virtual Universal. Disponible en: www.biblioteca.org.ar

PANORAMA DE LA JUSTICIA DE JÓVENES EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por Rómulo Peñoñori*

La provincia de Buenos Aires tiene más de 16.000.000 de habitantes. El 30%, es decir 4.800.000 habitantes, tiene menos de 18 años de edad, y dentro de ellos hay un alto porcentaje por debajo de la línea de pobreza.

En este contexto se sancionaron las Leyes N° 13298 y N° 13634, que establecen el marco de una nueva política pública en materia de infancia, donde se redefine la relación del niño con la familia, el Estado y la sociedad, a partir de un concepto de desconcentración y descentralización administrativa, un nuevo proceso penal juvenil y fuero de familia. Estas leyes entraron en vigencia a partir de 2008.

El proceso penal juvenil tiene una serie de principios característicos que son garantizadores del debido proceso. Estos son: sistema acusatorio, derecho penal de acto y mínima intervención, privación de libertad como *ultima ratio*, plazo exiguo, audiencias orales, prisión preventiva (180 días prorrogables por 180 más, por única vez). En un contexto de severas observaciones en relación con la condición jurídica de la niñez en la provincia por parte de organismos internacionales de los derechos humanos, se forzó la puesta en marcha del nuevo paradigma.

Hasta mayo de 2016, el total de detenidos a nivel provincial en el fuero era de 1387, y en el departamento judicial de San Martín, 322:

* Juez de Menores desde 1999. Desde 2008 ejerce como juez para actuar ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil. Docente. Fue asesor de la Presidencia de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados de la Nación entre 1986 y 1989. Actualmente se desempeña como juez del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires.

el 23%. El juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 1 ostentó el mayor número de detenidos de la provincia (123), dependencia en la que desarrollo mis tareas.

El Departamento Judicial de San Martín está compuesto por cinco partidos, con un total de 1.500.000 habitantes. Las personas privadas de su libertad en el fuero penal juvenil son más de 330 actualmente. Más del cincuenta por ciento de los jóvenes están alojados en unidades del Servicio Penitenciario provincial. Dentro de las 27.000 investigaciones penales preparatorias (IPP) iniciadas en 2015 en el Departamento Judicial, el 11,3% pertenecen al causas iniciadas a menores de 18 años.

En toda la provincia, las causas seguidas a jóvenes no llegan al 5% de las IPP totales, es decir que es notoriamente más bajo. En este contexto poco alentador de adultización de respuestas del fuero, la justicia debería transformar herramientas y procedimientos para lograr una prevención, o sea una intervención temprana, es decir, una justicia restaurativa, y además sumar los conceptos de especialidad e interdisciplinarietà, así como la responsabilidad comunitaria, inspirado todo ello en el cumplimiento de los derechos humanos.

El primer tamiz en el abordaje de jóvenes en conflicto debe ser la justicia restaurativa.

La respuesta de la justicia tradicional, con el monopolio de la persecución penal, con mayor cohesión y mayor estigmatización, no mide el impacto que tiene el proceso sobre la vida del joven, ya sea que se trate del viejo sistema de la justicia de menores o del sistema de responsabilidad penal juvenil. En la medida en que no se comprende este problema, vamos irremediamente al fracaso, tanto por la cada vez más común falta de especialización (no se entiende que se trabaja con un ser en proceso de crecimiento no con un adulto) como por la permeabilidad de los operadores judiciales a la presión mediática.

La neurociencia es clara con respecto al proceso de madurez y psicosocial propios de los adolescentes: alto desequilibrio orgánico e inestabilidad emocional, sumados a la imposibilidad de acceder al mercado laboral formalmente, la carencia de participación en el ámbito político, la contradicción entre los deseos de bienes y los valores, el mercado de consumo y la publicidad. Todo esto genera un caldo perfecto.

Hay que lograr que el sistema acusatorio tenga un primer filtro basado en un espacio de reflexión, responsabilización y valoración del mal causado. Este debería ser el primer espacio para lograr una medida socioeducativa reparadora y responsabilizante, con fundamento en el fallo Villagrán Morales de la CIDH.

En el Departamento Judicial se desarrollan dos dispositivos diferentes de justicia restaurativa:

- Uno en el municipio de Gral. San Martín (de 405.000 habitantes, con casi la cuarta parte de los detenidos del fuero), que se inició en el marco de un convenio entre el Colegio de Abogados, el Municipio, la Fiscalía General y la Universidad de San Andrés en 2014, coordinado por el Dr. Calvo Soler, para delitos de baja intensidad, como una herramienta de intervención temprana frente a hechos que el Estado no persigue. Está formado por tres equipos:
 1. Fiscalía, abogada y trabajadora social.
 2. Municipio: una psicóloga y una trabajadora social, análisis psicológico y contexto de casos.
 3. Cuatro abogadas mediadoras.

Casos derivados: 33 (mayor de 16 y menor de 18) víctimas y victimarios.

Causas derivadas a la Dirección de Derechos de Infancia: 45.

- Otro grupo en el marco del Poder Judicial, integrado por abogados, trabajadores sociales y un técnico integrante del centro de referencia del Departamento Judicial, que trabajan bajo la supervisión y capacitación del Lic. Vezulla y el Dr. Cristian Eiras, como coordinadores docentes, desde 2012 hasta la actualidad. Intervinieron en más de 38 expedientes. En el 25% de los casos los jóvenes no quisieron participar, en el resto abordaron delitos de impedimento de contacto, lesiones, homicidio, tentativa de homicidio, robos, daños.

Amén de estos ensayos, denominados “planes pilotos”, resulta de fundamental importancia repotenciar la justicia restaurativa desde el ámbito de la Procuración como política criminal juvenil, y también en el marco legislativo como una seria alternativa obligatoria al inicio de los procesos penales juveniles.

TRAYECTORIAS DE VIDA DE DETENIDOS EN LA ALCAIDÍA DE AVELLANEDA*

Por Sofía Aramburu, Alejandra Otamendi, José Moreno y Luciano Noli**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis y la correspondiente conclusión respecto del rol de nuestra Justicia y Sistema Penal Carcelario.

El trabajo se originó a partir de plantear las siguientes preguntas: ¿Cuál es el rol de la Justicia? ¿Cumple esta dicho fin? ¿Existe selectividad en nuestro Derecho Penal?

El Observatorio de Seguridad Ciudadana de Avellaneda de la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV),¹ donde me desempeñé como Coordinador del módulo de Derechos Humanos, confeccionó una encuesta dirigida a las personas detenidas en la Alcaldía de Avellaneda.

La encuesta buscó reconstruir la trayectoria de vida y judicial de las personas allí alojadas, sus condiciones de vida, el acceso a sus derechos, y se intentó conocer si existe o no selectividad por parte de nuestro sistema penal.

* Este artículo reproduce parcialmente el trabajo académico titulado “Condiciones de detención y selectividad penal en la Alcaldía de Avellaneda”, elaborado conjuntamente con Sofía Aramburu, Alejandra Otamendi, José Moreno y Luciano Noli, publicado originalmente en CD: Fridman, S. y Lértora Mendoza, C. (2016), *Bicentenario: evocación y reflexiones: VIII Jornadas de Historia*, Buenos Aires: FEPAL. ISBN 978-950-9262-92-8.

** Defensor Oficial de Avellaneda. Coordinador General de la Defensoría General Descentralizada Avellaneda. Mediador. Docente a cargo: Introducción a la Problemática de Derechos Humanos y su vinculación con el ámbito local. Docente a cargo de Derecho Humanos en la Policía Local de Almt. Brown. Director del Área de Derechos Humanos y Justicia del Observatorio de Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de UNDAV.

1. Proyecto D-TEC 0011/13 de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva (MINCYT). En particular agradecemos a Alejandra Otamendi, Sofía Oyamburu, José Moreno, Diego Juárez y Julieta Rey que hicieron parte del trabajo de campo; a Patricia Domench y Cecilia Schneider como autoridades del Observatorio, sin cuyo apoyo no hubiera sido posible el presente estudio.

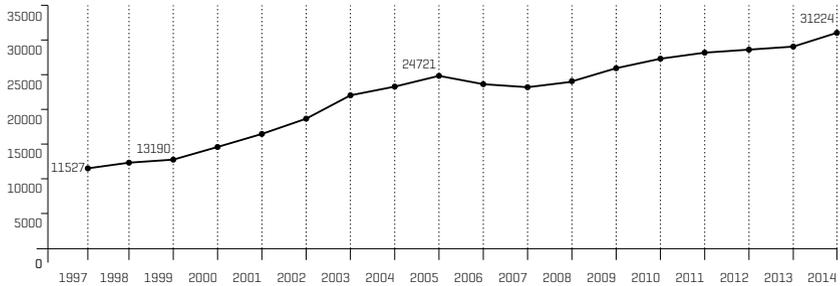
FUNDAMENTOS, CONTEXTO Y MARCO HISTÓRICO

Luego de una serie de denuncias realizadas en 2010 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al entonces Ministerio de Justicia y Seguridad por las condiciones de detención en comisarías, a partir de las resoluciones 2109/11, 3340/11, 3975/11, 153/12 y 268/12, se restringió el alojamiento de detenidos en comisarías y se crearon las alcaldías en su reemplazo. Según datos del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), a partir de estas medidas en 2012 se logró el pico más bajo de detenidos en comisarías bonaerenses, unas 894 personas.² Sin embargo, en abril de 2014 la Resolución 642/14, emitida en el marco de la Emergencia en Seguridad por el ministro Alejandro Granados, resolvió rehabilitar el funcionamiento de los calabozos de las dependencias policiales. Como consecuencia de ello el número de detenidos aumentó—el CELS estima su número para 2015 en 3.000 detenidos—y también empeoraron sus condiciones de detención.

Este incremento en el número de detenidos no se viene dando sólo en comisarías. En efecto, desde 1997 en adelante el total de la población carcelaria en la Provincia de Buenos Aires se ha incrementado fuertemente. Si bien se dio una constante tendencia al aumento (como puede verse en el Gráfico 1), a partir de 1999 la población encarcelada comenzó a crecer exponencialmente, y entre 1999 y 2005 aumentó un 87%. Este incremento se debió probablemente a la sanción de la Ley N° 12405, en marzo de 2000, que endureció la regulación procesal en materia de excarcelaciones, y de la Ley N° 12543 que reformó el Código de Ejecución Penal Bonaerense, limitando el acceso al régimen de salidas transitorias a los condenados por ciertos delitos específicos.

2. CELS, "Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual", Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2013. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/home/index.php>

- Gráfico 1. Evolución de la población penitenciaria en la provincia de Buenos Aires [1997 - 2014]



Nota: no se incluye a la población detenida en comisarías, por no estar en los informes del SNEEP.

Fuente: Elaboración propia sobre la base del "Informe anual 2014" del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena [SNEEP]

No obstante, el incremento en la población carcelaria no es una respuesta aislada del sistema penitenciario, sino el último eslabón de un mayor punitivismo del sistema penal en general, en el cual las acciones policiales y judiciales tienden a incrementar dicha población, seleccionando en particular a los varones de sectores populares. Así, las políticas carcelarias son un eslabón más en la cadena del sistema represivo, que comienza en los barrios, con persecuciones sistemáticas y control territorial a través de prácticas ilegales por parte de la policía y legitimación judicial.³ Así el sistema penal es selectivo porque no se persiguen todos los delitos por igual ni a todos los sectores de la sociedad de igual manera, sino que tiende a focalizarse en determinados tipos delictivos (de propiedad)⁴ y en determinados sectores (los más bajos).

Esta respuesta del sistema penal no se condice necesariamente con los niveles de delitos, al menos con los más graves, ya que el pico de homicidios dolosos se produce en el año 2002 (1905 casos, según el Sistema

3. Daroqui, A. (comp.), *Muertes silenciadas: la eliminación de los "delincuentes"*, Buenos Aires, Ediciones del CCC, 2009.

4. Según datos del SNEEP (2013), el 45% de los detenidos en el Sistema Penitenciario Bonaerense (SPB) tiene como causa de detención "robos y tentativas de robo", y de los condenados, más del 50% tiene una condena menor a 6 años.

Nacional de Información Criminal, SNIC) y luego desciende de manera sostenida hasta 2006 (802 casos, SNIC), lo contrario a lo que sucede en la evolución de la población bajo estudio. Es probable que dicha reacción del sistema penal responda a una mayor punitividad social en dichos años, cuando las preocupaciones sociales mutan de la cuestión laboral y económica a la de la (in)seguridad y delincuencia, aunque sin alcanzar “consenso punitivo”.⁵

Las consecuencias de la situación que describimos es un aumento de la población prisionalizada acompañado de un deterioro de sus condiciones de detención. Según datos de la Comisión Provincial por la Memoria, durante 2013-2014 murieron al menos 286 personas bajo custodia del Servicio Penitenciario Bonaerense.⁶ Otro dato muy importante que da cuenta de esta realidad es el hecho de que según el informe 2014 del SNEEP, sólo un 44% de los detenidos tiene condena firme, pudiendo ser varios de ellos inocentes. Por todo lo mencionado, consideramos necesario este estudio para reconstruir los perfiles sociales de los detenidos, las características de los delitos cometidos, el tratamiento que reciben de la Justicia (al inicio de su proceso) y las condiciones de detención de las alcaidías, que se supone fueron creadas para mejorar la calidad de vida de los detenidos.

Por todo ello es que desde el Observatorio confeccionamos la encuesta, que se realizó a 122 detenidos de la Alcaidía de Avellaneda a partir de cuatro visitas efectuadas entre noviembre de 2014 y marzo de 2015, en las que se relevó a la totalidad de los detenidos en cada momento.

Para elaborar el cuestionario se tuvieron en cuenta los antecedentes provistos por Marcelo Bergman (Universidad Nacional de Tres de Febrero - Untref, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD), Leonardo Filippini (Procuración Penitenciaria Nacional) y Andrés Pérez Esquivel de la Comisión Provincial por la Memoria, a quienes agradecemos por su colaboración. Si bien se registró a toda

5. Otamendi, M. A., “¿Demandas de seguridad o demandas de ‘mano dura’? El ‘consenso punitivo’ en cuestión en el AMBA (2000-2010)”, *Revista Hologramática*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Año XI, Número 21, Vol. II, 2014.

6. Comisión Provincial por la Memoria (CPM), Informe anual “El sistema de crueldad IX. Sobre el sistema de encierro y las políticas de seguridad en la Provincia de Buenos Aires”, La Plata, CPM, 2015.

la población, la muestra es pequeña, por lo que se trata de un estudio exploratorio, aunque confirma tendencias encontradas en estudios similares como se verá más adelante.

A continuación, se señalan de manera sintética algunos planteos teóricos que atraviesan el estudio y la construcción del cuestionario; luego se detalla la estrategia metodológica diseñada para responder a las preguntas formuladas; y finalmente, la sección de análisis de datos con sus subsecciones en las que se analizan los distintos ejes abordados. La ponencia se cierra con las conclusiones y el señalamiento de la selectividad del sistema penal por sus eslabones más débiles.

FUNCIONES DE LA PRISIÓN

En nuestro país, la ley que regula la ejecución de la pena privativa de libertad es la N° 24660, y establece entre otras cosas los principios y modalidades básicas de la ejecución, las normas de trato y de disciplina, la modalidad de trabajo y educación, los servicios que deben brindarse, etc. Dicha ley establece en su artículo 1 que la función de las penas privativas de libertad es “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”, para lo cual “el régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”. Es así que, según lo estipulado en la ley, las prisiones tendrían en Argentina una función “rehabilitadora”. Esta función enunciada en la ley argentina sigue los lineamientos identificados por Foucault⁷ sobre la prisión moderna, quien señala que esta ha nacido con un fin disciplinario o correccional, es decir, con la intención de que al salir de la prisión la persona no reincida en la comisión de delitos.

Sin embargo, autores como Sozzo⁸ postulan que, a pesar de lo que expresa la ley, si analizamos lo que sucede en el contexto local, las prisiones argentinas han dejado un poco de lado ese ideal “rehabilitador”

7. Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI, 1989.

8. Sozzo, Máximo, “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y ‘prisión-depósito’ en Argentina”, en *URVIO Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 1, mayo de 2007, ISSN: 1390-3691.

y han establecido dos nuevas funciones: por un lado, la retribución del daño que el delincuente ha generado a través de la producción intencionada de dolor en él, y por otro, la incapacitación o neutralización del detenido durante el período de tiempo que está encarcelado. A este paradigma Sozzo lo denomina “prisión depósito”, una prisión que tiene como función el aislamiento, la vigilancia y la sanción, dejando de lado el fin correctivo y rehabilitador que le dio origen en la era moderna.

Este paradigma carcelario podría entenderse en el marco general de redefinición de las misiones del Estado planteado por Wacquant⁹ quien sostiene que el Estado, a partir de las últimas dos décadas del siglo XX, se ha retirado gradualmente de las áreas económicas, reduciendo su papel social y endureciendo su intervención penal. En dicho marco, el autor enfatiza el abandono (en la práctica) del ideal rehabilitador de las prisiones actuales, señalando como síntomas de ello: el aumento de la población encarcelada; la prisionalización sin condena o uso excesivo de la prisión preventiva para delitos menores; y el aumento de los presupuestos para prisiones mientras se recortan los de servicios sociales, entre otros fenómenos.

Por lo tanto, ante este escenario, nos preguntamos si las alcaldías vienen a recuperar en parte el ideal rehabilitador o al menos reducir los niveles de cárcel depósito vigentes, a partir de preguntarnos por las condiciones de detención y el acceso a “tratamientos” que posibiliten una mayor reinserción social de los detenidos. Además, nos preguntamos si se cumplen las garantías del debido proceso judicial para los detenidos, mediante el acceso a la defensa y al juez de la causa.

SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL Y TRAYECTORIAS DE VIDA

Asimismo, teniendo en cuenta la selectividad del sistema penal planteada en la Introducción, también nos preguntamos por el perfil social de las personas detenidas en la Alcaldía y el tipo de delitos por los cuales se acusa a los detenidos. De esta manera, buscamos evaluar si dicha selectividad se reproduce también en este nivel, centrando la persecución penal en los delitos contra la propiedad con baja expecta-

9. Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2000.

tiva de pena y especialmente en aquellos cometidos por las personas de más bajos recursos.

Nos preguntamos cómo fueron sus trayectorias de vida y en qué contextos se desarrollaron, con el objetivo de obtener claves para comprender de dónde selecciona el sistema penal a sus detenidos. Para ello reseñamos brevemente las perspectivas teóricas que dan cuenta de los factores sociales y económicos, las necesidades materiales o la educación, o la interiorización de las reglas o socialización como factores que se pueden rastrear en las trayectorias personales de los detenidos.

Desde la Escuela de Chicago se interesaron por el papel que cumple la cultura a la hora de explicar el delito, poniendo el foco sobre los sistemas de valores que entran en juego en la acción delictiva. Para los autores que englobó esta corriente, el comportamiento delictivo resultaba del aprendizaje en las relaciones cotidianas de los individuos. Utilizaron conceptos como los de “desorganización social” y “control social” para describir lo que ellos entendían como el debilitamiento de las instituciones tradicionales, entre las que se destacaban la escuela, la familia y la fábrica. Según los autores de esta Escuela, por diversos motivos económicos y sociales estas instituciones pierden su poder de controlar, lo que lleva a que las personas cometan delitos cuando se encuentran inmersas en un contexto de desorganización social y deterioro de los controles sociales.

Diversos autores también han puesto el foco en cómo el contexto económico, social y cultural influye en la cuestión normativa y configuran la trayectoria de vida de las personas. Podríamos también citar a Merton,¹⁰ quien analiza la relación que existe entre la estructura cultural y la estructura social. En esta relación el delito es una de las respuestas que dan las personas que se encuentran en medio de una tensión, la tensión de la contradicción entre los valores culturales y la estructura social, o los objetivos y los medios para llegar a ellos. Merton toma el concepto de anomia social de Durkheim¹¹ que hace referencia a un estado de falta de regulación jurídica y moral, o sea cuando las

10. Merton, Robert, “Estructura social y anomia” (1938), en *Teoría y Estructuras Sociales* (1957), México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

11. Durkheim, Émile, “Criminalidad y salud social” (1902), *Revista Delito y Sociedad*, N° 24, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires-Santa Fe, Ediciones UNL, 2007 (1985).

normas son incapaces de regular las relaciones sociales, la anomia es una expresión de las tensiones sociales.

Una de las respuestas a esas tensiones, es lo que el autor denomina “innovación” o una respuesta delictiva. La innovación tiene lugar cuando el individuo se identifica con los valores culturales o las “cosas por las que vale la pena esforzarse” (objetivos) pero se vale de estrategias no legales (medios) para alcanzarlos. La utilización de medios ilegales se debe a una estructura social desigual que no brinda a todos las mismas oportunidades, y margina del mercado del trabajo a buena parte de la población. Los individuos se encuentran sobreidentificados con los valores culturales del éxito, pero no poseen los medios legales para alcanzarlos. Esto produce una desmoralización que desencadena un proceso de anomia, donde las normas ya no regulan las conductas, y la innovación o el delito se vuelven una de las respuestas o adaptaciones a estas tensiones sociales.

Otros autores hacen mayor hincapié en la socialización de los individuos, como por ejemplo Sutherland,¹² que se va a diferenciar de los autores de la Escuela de Chicago al hablar de “organización social diferencial” y no de desorganización social. Este concepto hace referencia a que el comportamiento delictivo sería expresión de una determinada organización, esto es, de una “asociación diferencial”, según la cual este comportamiento se aprende y se transmite culturalmente al interior de una organización, o sea relacionándose con personas con orientaciones criminales. Podría decirse que una persona comete actos delictivos porque su grupo más influyente comete delitos, y todo esto depende de la intensidad de su vinculación a ese determinado grupo. El autor hace referencia así a subculturas criminales, grupos que poseen otros valores y hábitos que se apartan de los tradicionales.

Para poder entender la selectividad del sistema penal también podemos citar a Howard Becker,¹³ uno de los referentes de la teoría del etiquetamiento, teoría que postula que el delito es una construcción sociocultural, el resultado de una reacción que lo señala como tal. Para este autor el crimen resulta de la imposición a un grupo de

12. Sutherland, Edwin, “Una exposición de la teoría” (1947), *Revista Delito y Sociedad*, N° 31, Santa Fe, Ediciones UNL, 2011.

13. Beker, H., *Outsiders, Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009 (1963).

un conjunto de reglas o normas que señalan que quien las transgrede pasa a convertirse en desviado o criminal. De esta forma quién es “etiquetado” como criminal es una cuestión de poder ejercido por un grupo de personas que pueden establecer qué conductas serán consideradas desviadas y sobre quiénes se aplican esas reglas. El etiquetamiento de una persona como desviada va a perfilar su trayectoria de vida marcando su identidad. Es así que el sistema penal con todos sus componentes, desde policías a jueces, se encarga de determinar qué tipo de conductas son las que merecen ser castigadas, poniéndoles a aquellas personas que las llevan a cabo el rótulo de “delincuente”. La imposición de este rótulo conlleva grandes consecuencias en la vida de una persona, sobre todo si esta persona es detenida y por ello obtiene antecedentes judiciales.

Por último, Jock Young¹⁴ busca sistematizar las distintas corrientes planteadas, al criticar que el delito tenga que ver meramente con la oportunidad y la “falta de controles”, discrepa en que el delito tenga una racionalidad instrumental como había indicado Merton, la compensación de un déficit por la vía ilegal. Por otro lado, tampoco es meramente cultural, como postuló Katz,¹⁵ que catalogó al delito como una actividad expresiva. Young sostiene que las sociedades actuales no sólo generan exclusión, sino una inclusión-exclusión, incluidos y excluidos no poseen “valores” diferentes, si bien se produce una “otrificación” de ciertos sectores de la sociedad, los contornos son en realidad difusos. En las sociedades “bulímicas” se produce inclusión cultural junto con exclusión estructural, y a su vez no se trata de una privación absoluta sino relativa en comparación con otros pares.

Sin tratar de ser exhaustivos y si bien la encuesta no permite poner a prueba dichas teorías, algunas de las preguntas realizadas podrán brindar indicios en algunos de estos sentidos de manera exploratoria.

14. Young, J., “Merton con energía, Katz con estructura” (2003), *Revista Delito y Sociedad*, N° 25, Santa Fe, Ediciones UNL, 2008.

15. Katz, Alejandro, *Jorge Cuesta o La alegría del guerrero*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Gracias a la buena voluntad del Servicio Penitenciario Provincial y en especial a su director el Dr. Diego Raggo y al sub director civil Dr. Juan Aponiuk, tuvimos acceso a la Alcaldía de Avellaneda para llevar a cabo el presente estudio. Para ello, realizamos 122 encuestas a detenidos en dicha alcaldía, en cuatro oportunidades entre noviembre de 2014 y marzo de 2015. En las cuatro visitas realizadas la tasa de respuesta fue del 100% de las personas, de manera que encuestamos a todos los detenidos en cada momento. Las personas que estuvieron a cargo de realizarlas fueron los integrantes del Observatorio de Seguridad Ciudadana de Avellaneda de la UNDAV.

El cuestionario fue elaborado a partir de la adaptación de tres instrumentos que han sido utilizados en otros estudios. En primer lugar, el cuestionario utilizado por el proyecto internacional de investigación “Poblaciones Carcelarias en Latinoamérica”, encabezado por los investigadores Marcelo Bergman (Argentina), Gustavo Fondevila (México) y Carlos Vilalta (México), el cual tuvo por objetivo estudiar los factores de riesgo criminal entre las poblaciones carcelarias de la región y el funcionamiento de las instituciones encargadas de su reclusión. En nuestro país, esta investigación estuvo encabezada por el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, dirigido por Marcelo Bergman, quien gentilmente nos brindó información sobre la investigación que realizaron. Parte de los resultados también se encuentran publicados en el informe PNUD 2013 “Seguridad Ciudadana con Rostro Humano”.¹⁶

En segundo lugar, utilizamos el Manual de Monitoreo de lugares de Privación de la Libertad del Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria.¹⁷ Este manual es un instrumento metodológico para el relevamiento de condiciones de vida en espacios de privación de la libertad, brinda información acerca de la manera de realizar

16. PNUD, *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 SEGURIDAD CIUDADANA CON ROSTRO HUMANO: diagnóstico y propuestas para América Latina*, Nueva York, PNUD, 2013.

17. Disponible en: www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/Manual_Monitoreo_CCT_de_la_CPM.pdf

un monitoreo y, a la vez, presenta modelos de instrumentos de recolección de datos que utilizamos para confeccionar nuestro cuestionario.

Por último, la Procuración Penitenciaria de la Nación a través de Leonardo Filippini, nos brindó una serie de guías de preguntas que utiliza la Procuración en las unidades federales para relevar diferentes aspectos relativos a las condiciones de detención.¹⁸ Cabe aclarar que varias preguntas no fueron incluidas justamente por la particularidad de nuestro estudio, que fue realizado en una Alcaidía donde todos los detenidos son procesados, a diferencia de otros estudios en los cuales sólo los condenados son encuestados.

Asimismo, cabe destacar que el efecto de deseabilidad social que está presente en toda encuesta se ve incrementado en este caso, ya que si bien se les informa que las encuestas son anónimas y confidenciales, que los resultados no serán comunicados de manera individual y que no los afectarán en su proceso judicial, no se puede garantizar la autenticidad de las respuestas de manera absoluta por la desconfianza que les puede generar brindar datos que puedan afectarlos en su sentencia.¹⁹ De todas maneras, algunos resultados fueron confirmados a partir de controles cruzados con los registros oficiales de la Alcaidía.

CONDICIONES DE DETENCIÓN Y DEBIDO PROCESO EN LA ALCAIDÍA DE AVELLANEDA

En la Alcaidía todas las celdas están diseñadas para alojar a una persona y efectivamente, todas las celdas están ocupadas sólo por una. Según el diseño de las celdas, todas poseen inodoro, pero las duchas están fuera, son espacios abiertos que dan al patio interno de cada pabellón. Por ende, el acceso a los sanitarios es libre, y para ducharse

18. Disponibles en: www.ppn.gov.ar/?q=investigaciones-y-producciones; Informes Anuales Procuración Penitenciaria de la Nación, PPN, Buenos Aires, 2005 - 2014. Disponibles en: <http://www.ppn.gov.ar/?q=informes-anales>

19. Babbie, E., *Manual para la práctica de la investigación social*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1996; Cea D'Ancona, M. Á., *Metodología Cuantitativa. Estrategias y Técnicas de Investigación Social*, Madrid, Síntesis, 1996; García Ferrando, M.; J. Ibáñez, y F. Alvira, *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación social*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1986.

salen de sus celdas diariamente por la mañana. Algunos internos de ciertos pabellones comentaban y se quejaban de que el agua no siempre salía caliente y al preguntarle al responsable de la alcaldía por esta situación nos comentó que tenían problemas con los termotanques. No obstante, el 90% de los internos dijeron que los servicios higiénicos se encontraban limpios, ya que ellos mismos eran los encargados de su mantenimiento. Además, el 90% declaró que en la alcaldía no había internos con privilegios o un trato preferencial.

Si bien las celdas vienen provistas de un colchón, el Servicio Penitenciario no les provee de artículos de higiene básicos tales como papel higiénico, jabón, cepillo de dientes y pasta dental ni otros artículos como ropa, calzado o sábanas. Todos estos artículos deben ser provistos por las familias. Acerca de los alimentos, un 90% declaró que la calidad era buena o muy buena. Un 74% se mostró conforme con la cantidad de alimentos que recibían, y un porcentaje bajo los que se quedaban con un poco de hambre. En relación con los servicios médicos, un 62% de los detenidos dijo que recibía atención médica si se enfermaba, mientras que un 22% dijo que no sabía, ya que nunca había necesitado de un médico. Acerca de la obtención de los medicamentos, más de la mitad dijo que en caso de necesitarlos tendría que pedirselos a un familiar, ya que en la alcaldía sólo cuentan con algunos muy básicos como aspirinas.

Una de las cuestiones con la que los detenidos se encontraban más disconformes era la relativa a los espacios de recreación y actividades. Declararon que sólo podían salir de su celda dos horas al día, de lunes a viernes, al patio del pabellón, techado y pequeño. Las 22 horas restantes, de lunes a viernes, y las 24 horas de los sábados, domingos y feriados, permanecen encerrados en sus celdas individuales de aproximadamente 2 metros por 3. Los internos tampoco acceden a la posibilidad de estudiar o trabajar, debido a que se supone que van a permanecer muy poco tiempo en la alcaldía, pero tampoco tienen la posibilidad de realizar otro tipo de actividad recreativa o formativa como un deporte o un taller.

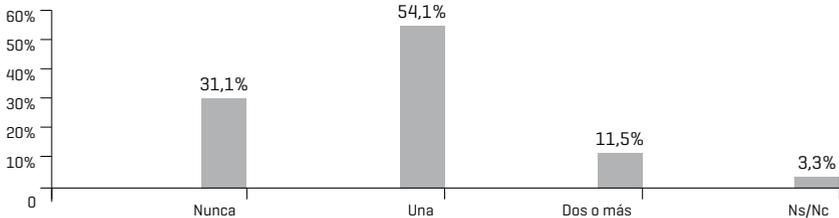
Un 60% de los encuestados dijo que creía no necesitar ayuda psicológica, sin embargo, sólo un 15% dijo que no utilizaba el servicio del psicólogo de la alcaldía. Esto puede entenderse ya que, si bien no creen necesitarlo, lo utilizan como una forma de distracción o de ocupar su

tiempo charlando con alguien. Además, el 88% declaró que recibía visitas de sus familiares, las cuales se realizan dos horas una vez a la semana. Aquellos que dijeron no recibir las comentaron que era por motivos de tiempo y trabajo de sus familias, y en algunos pocos casos, porque no tenían una buena relación.

La gran mayoría de los encuestados dijo que el personal de la alcaidía realizaba requisas, con una frecuencia de 15 días aproximadamente. Al preguntarles las características de las requisas, los internos contestaron en su gran mayoría que se realizaban de forma tranquila, pero que sí incluían el desnudo total. Por último, el 94% de los internos dijo que no recibió ningún tipo de maltrato desde que ingresó a la alcaidía.

En cuanto al debido proceso, como se observa en el Gráfico 2, más del 30% de los detenidos dijo que nunca vio al juez de la causa. Hay que tener en cuenta que muchos de los encuestados habían ingresado recientemente a la alcaidía.

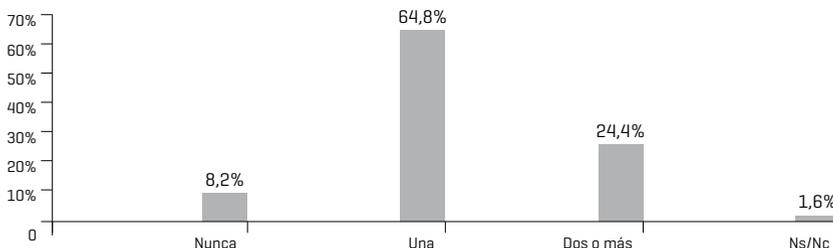
► Gráfico 2. Cantidad de veces que los detenidos de la Alcaidía de Avellaneda vieron al juez de su causa judicial, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaidía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

Asimismo, la mayoría de los detenidos vio al menos una vez a su defensor, sólo el 8,2% (10 casos) dijo que nunca lo había visto, como se observa en el Gráfico 3.

► Gráfico 3. Cantidad de veces que los detenidos de la Alcaldía de Avellaneda vieron al defensor de su causa judicial, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

Al preguntarles a los internos si sabían qué tipo de tratamiento tenían en su causa, la mayoría (60%) dijo que no lo sabía, un 16% dijo que es en flagrancia, un 12% abreviado y un 11% dijo que tendría un juicio oral. Llama la atención el porcentaje de personas que aún no fueron anunciadas del tratamiento que recibirán.

SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL, PERFIL SOCIAL Y TRAYECTORIAS DE VIDA

En cuanto a la selectividad del sistema penal, nos preguntamos por el perfil de las personas que son captadas por la Alcaldía. En este sentido, observamos que todos los detenidos son de sexo masculino, el 84% de los cuales tiene menos de 35 años, la moda es de 20 años y la media de 27. Como puede verse, en su gran mayoría son personas jóvenes.

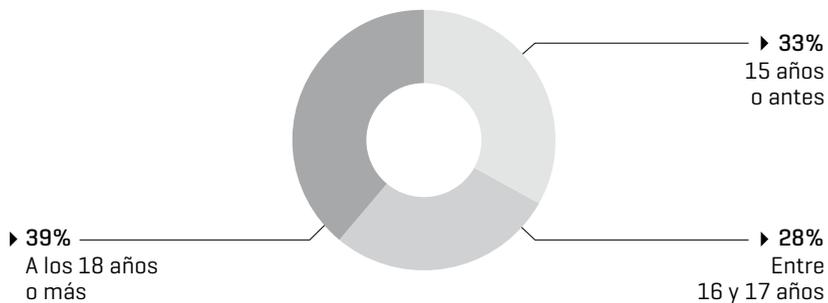
Al momento de ser detenido, el 47,5% vivía en el Partido de Avellaneda y otro 42,7% residía en la CABA o en los municipios lindantes (Lanús y Quilmes) y el 9,8% restante en otros municipios del conurbano. Cabe señalar que del total de detenidos residentes de Avellaneda, el 61% había nacido allí, mientras que el 37% era oriundo de la Ciudad de Buenos Aires y el 2% de Lanús. De los residentes en el Partido de Avellaneda, un 34,5% vivía en Dock Sud y un 24% en Avellaneda centro.

El 84% de los encuestados declararon vivir en una casa y en su gran mayoría dijeron que era una vivienda propia. Sin embargo, cabe destacar que no se preguntó sobre la calidad de las viviendas y el acceso a los servicios básicos como gas, cloacas y otros.

Más de la mitad de los encuestados declaró vivir con al menos un hermano, y el 44,3% declaró también vivir con su madre, mientras que sólo el 27,9% declaró hacerlo con su padre. Un 35% contestó que vivía con una pareja y únicamente el 3,3% dijo que vivía solo. Si bien 7 de cada 10 encuestados (69,7%) dijo que tenía hijos, sólo el 27,9% declaró que vivía con ellos antes de ser detenido. Teniendo en cuenta la edad, se trata de jóvenes que ya fueron padres pero no conformaron necesariamente un nuevo hogar.

En relación con los estudios, *el 80% de los encuestados no terminó los estudios medios (82,3%) y un 15,6% no terminó siquiera los estudios primarios.* El 95% de los encuestados trabajó alguna vez en su vida. Es más, como se ve en el Gráfico 4, más del 60% declara haber comenzado a trabajar antes de los 18 años (61%), y casi un tercio de los que alguna vez trabajaron lo hicieron antes de los 16 (33%), a pesar de que la Ley N° 26390 declara que es ilegal el trabajo de menores de 16 años.

► Gráfico 4. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según la edad que tenían cuando realizaron su primer trabajo, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

En cuanto a su situación actual, el 77,9% de los encuestados declaró haber trabajado el mes previo a ser detenido. De todas maneras, de aquellos que trabajaron, el 33,7% eran autónomos no calificados o personal no calificado y el 25% realizaba una actividad informal como trapito, changas y otras. El resto era obrero calificado (29,3%), autónomo especializado o empleado sin jerarquía (10,9%), y 1,1% comerciante sin personal, artesano, empleado especializado, supervisor o capataz.

SOCIALIZACIÓN PRIMARIA

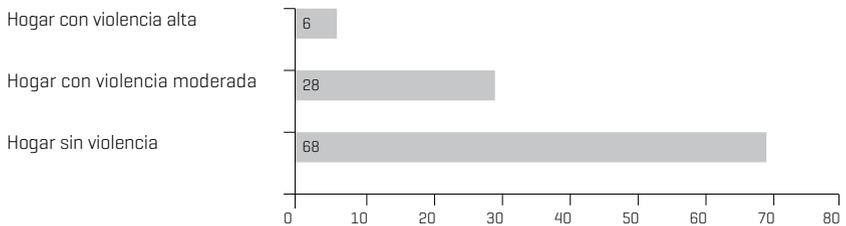
En cuanto a sus orígenes, el 76% dijo haber vivido en su infancia con un padre o padrastro. Así, de los 122 encuestados, 107 declararon acerca de la actividad laboral de su padre o padrastro (los 15 restantes lo desconocían). El 47,7% dijo que la ocupación de su padre era de obrero calificado-especializado, mientras que un 10,3% declaró que su padre tenía una ocupación informal, esto es, que se dedicaba a realizar “changas”, ser “trapito” o “vendedor ambulante”. Esta clasificación se realizó sobre la base de una pregunta abierta en la que se consultaba cuál era la ocupación principal de sus padres cuando el encuestado era chico.

Acerca de la condición de actividad de su madre, un 48% declaró que trabajaba y un 42%, que era ama de casa. Sin embargo, de las que trabajaban, el 37,5% tenía un empleo informal, y la actividad más mencionada fue la de “limpieza en casa de familia”. Si cruzamos los datos sobre la condición de actividad de la madre con los de tipos de familia, vemos que mientras en las familias completas las madres trabajaban en un 44% de los casos, cuando la familia era monoparental femenina, las madres trabajaban en un 75% de los casos. En estos últimos casos, cuando eran niños los encuestados sólo contaron con la presencia parcial de sus madres en sus hogares, y ellas se emplearon de manera precaria.

En cuanto a la familiarización con la violencia en los hogares durante su infancia, la mayoría de los detenidos, 77 (63%) declararon que nunca les pegaban cuando eran chicos. Los que dijeron que recibían algún tipo de maltrato en su infancia fueron 41 (34%). Acerca de la violencia ejercida hacia su madre, 81 (66%) declararon que a su madre nunca le pegaban, 23 (19%) dijeron que recibía algún tipo de golpes, en menor o mayor medida. Siguiendo el informe Celiv-Untref, si cruza-

mos ambas respuestas, obtenemos que el 33% declaró haber vivido en hogares con moderada o intensa violencia (Gráfico 5). Fueron eliminados los casos que dejaron sin respuesta una u otra pregunta.

- ▶ Gráfico 5. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según tipo de hogar, Avellaneda 2015 (en absolutos)



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 102 casos.

Un 40% (49) de los encuestados declaró haberse ido de su casa antes de los 18 años. Si analizamos estos datos con la variable de violencia en el hogar, evidenciamos que mientras que en los hogares no violentos un 27,9% declara haberse ido de la casa antes de los 18 años, el porcentaje aumenta al 58,8% en hogares con violencia moderada o alta.

- ▶ Tabla 1. Abandono del hogar según grado de violencia en el hogar de los detenidos de la Alcaldía de Avellaneda, Avellaneda 2015

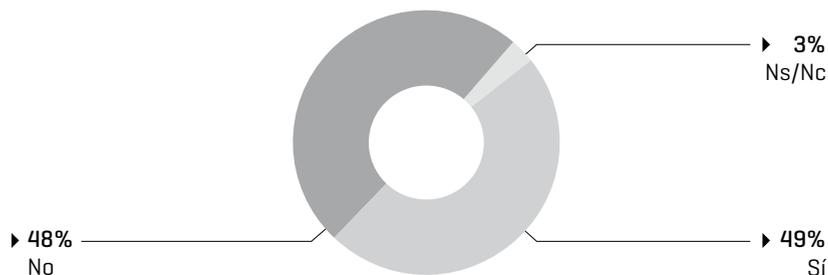
	Hogar con violencia	Hogar sin violencia
Si abandonó	58,8%	27,9%
No abandonó	41,2%	70,6%
Total de casos	34	68

Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 102 casos.

La edad más frecuente de abandono del hogar es entre los 15 y 18 años (35 casos). Sin embargo, un 27% (13 casos) declara haberse ido antes de los 15. Al indagar sobre los motivos de abandono del hogar, un 37% (21 casos) dijo que fue por peleas con sus padres. En segundo lugar, 21% (12 casos) se fueron de su casa a vivir con su novia o pareja. Otros motivos de abandono son la violencia física entre miembros de la familia (como se puede inferir de la Tabla 1), y el consumo de alcohol y drogas de ellos o de sus padres.

En cuanto a la familiarización con el delito, el 49% (60) de los encuestados dijo que tiene algún familiar que estuvo preso (Gráfico 6). Al preguntar quién de sus familiares había estado preso alguna vez, en la mayoría de los casos contestaron que era su hermano (46,4%), y en segundo lugar su tío (27,5%).

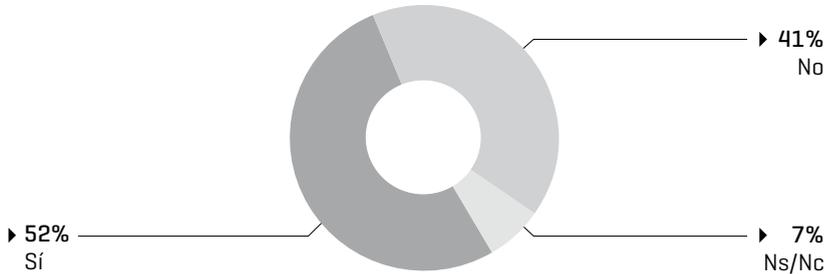
► Gráfico 6. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según si algún miembro de su familia estuvo preso alguna vez, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

Además del entorno familiar, se preguntó por la experiencia delictiva de sus pares, esto es, de sus amigos. Si bien habría que indagar qué se entiende por delito en esta pregunta, el 52% (64) de los encuestados dijo que sus amigos cometían delitos antes de los 18 años (Gráfico 7).

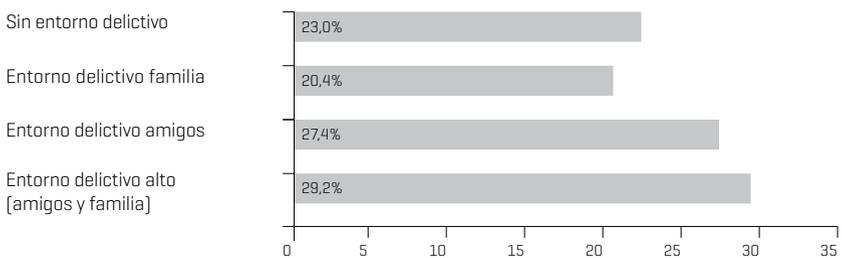
► Gráfico 7. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según si antes de cumplir los 18, alguno de sus amigos cometía delitos, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

Este dato sobre el comportamiento delictivo de sus pares y el anterior sobre entorno familiar delictivo son datos relevantes, teniendo en cuenta lo que plantea Sutherland (1947) acerca de la “asociación diferencial” y que el comportamiento delictivo es aprendido con otros. No obstante, cabe recordar que la mayoría de los que declararon que habían tenido un familiar detenido dijeron que este había sido “su hermano” y no su padre o madre, pudiendo relativizar esta conclusión. En efecto, esto se muestra más claramente en el Gráfico 8 a continuación.

► Gráfico 8. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según entorno delictivo, Avellaneda 2015



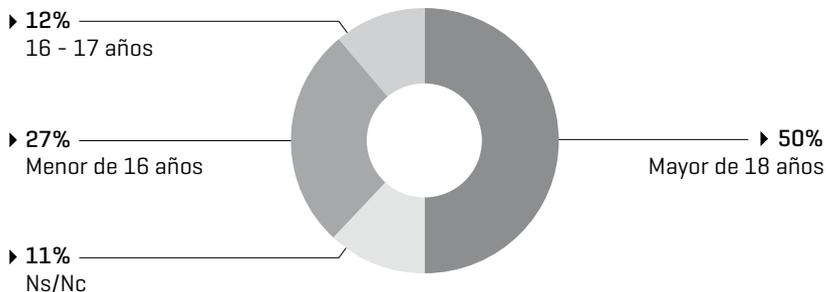
Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

Mientras el 23,0% de los detenidos no creció en un entorno delictivo, el 27,4% declaró que sus amigos cometían delitos, pero que no habían tenido familiares detenidos. Como se mostró anteriormente, el 49,6% dijo que alguno de sus familiares había estado detenido, y entre este grupo, más de la mitad también tenía amigos que cometían delitos. Obtenemos como resultado que un 29,2% creció en un entorno delictivo alto, aunque no es lo mismo experiencia delictiva que haber estado detenido, pero seguimos la tipología elaborada en el informe Celiv-Untref.

TRAYECTORIA DELICTIVA PERSONAL

Más allá del entorno familiar y de sus pares, el 39% (48 casos) de los detenidos declaró haber comenzado a delinquir antes de los 18 años, y entre ellos un 12% antes de los 16 años (Gráfico 9).

► Gráfico 9. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según edad del primer delito, Avellaneda 2015

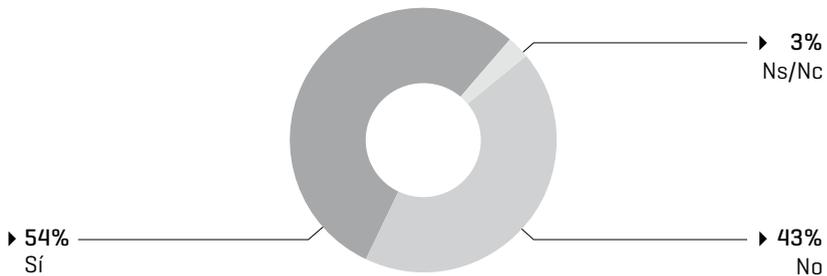


Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

En cuanto a sus antecedentes, el 54% (66 casos) de los encuestados declaró que había sido detenido anteriormente (Gráfico 10). Más de la mitad había sido detenido una vez, el 25% dos veces, y un 17% tres veces

o más. Al describir los delitos por los que habían sido detenidos anteriormente, un 65% señaló que había cometido un robo, y en segundo lugar se mencionaron las tentativas de robo con un 9%. También se les preguntó a las personas que ya habían estado detenidas si tuvieron algún tipo de ayuda al momento de salir en libertad, sólo 8 de las 66 personas dijo que sí recibió algún tipo de ayuda.

► Gráfico 10. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según si fueron detenidos anteriormente, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

En cuanto al delito por el que están detenidos en la actualidad, en la mayoría de los encuestados se trata de un delito contra la propiedad (63,9%), en su gran mayoría robos (49,8%), y sólo el 9% por delitos contra las personas (Tabla 2).

► Tabla 2. Motivo de detención actual

Tipo de delito	Frecuencia	Porcentaje
Delitos contra las personas	11	9,0%
Delitos contra la integridad sexual	1	0,8%
Delitos contra la propiedad	78	63,9%
Delitos contra la administración pública	8	6,6%
Delitos contra el orden público	6	4,9%
Delitos contra la seguridad pública	8	6,6%
Ley N° 23737	6	4,9%
Otro	4	3,3%
Total	122	100,0%

Base: 122 casos. Categorías: Delitos contra las personas: homicidio doloso, homicidio culposo, tentativa de homicidio, lesiones. Delitos contra la integridad sexual: abuso sexual, violación. Delitos contra la propiedad: secuestro, robos, usurpación, hurtos, estafa, tentativa de robo. Delitos contra la administración pública: resistencia a la autoridad, encubrimiento. Delitos contra el orden público: asociación ilícita. Delitos contra la seguridad pública: tenencia ilegal de armas. Ley N° 23737: posesión o tráfico de drogas.

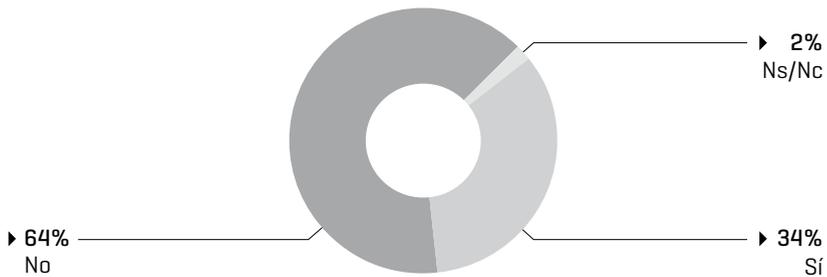
El 74,6% (91 casos) de los encuestados declara que el delito por el que están detenidos tuvo lugar en el Partido de Avellaneda y 14,8% (18 casos) en Lanús. Cabe mencionar que el nuevo Polo Judicial incluirá a los Municipios de Avellaneda y Lanús. Al interior del Municipio de Avellaneda, la ciudad de comisión del delito es Avellaneda en un 21,7% (20 casos), seguida por Dock Sud en un 17,4% (16 casos).

Sin embargo, mientras que en Avellaneda y las restantes localidades de tipo más comercial los delitos contra la propiedad son los que más aparecen mencionados, superando siempre el 60%, en Dock Sud sólo configuran un 25% y aparecen en mayor medida los delitos contra las personas con un 31,3%. Esto parece corroborar las tendencias encontradas en el Mapa de Homicidios elaborado por el Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de la Nación, en el cual la mayoría de los homicidios dolosos ocurren en Dock Sud y debido a ajuste de cuentas y no tanto en ocasión de delitos contra

la propiedad (CSJN, 2012). Por otro lado, el 79% de los encuestados dijo que nadie sufrió daños físicos durante la comisión del delito por el cual están detenidos. A su vez, el 59% de los encuestados declaró que no había consumido drogas ni alcohol en las horas previas de cometer el delito.

En cuanto al uso de armas, de fuego u de otro tipo, el 64% (78 casos) de los encuestados dijo que no tenía armas al momento de cometer el delito (Gráfico 11), lo cual podría explicar la baja letalidad de los delitos ya mencionada.

► Gráfico 11. Detenidos de la Alcaidía de Avellaneda según si al momento de cometer el delito llevaban arma, Avellaneda 2015

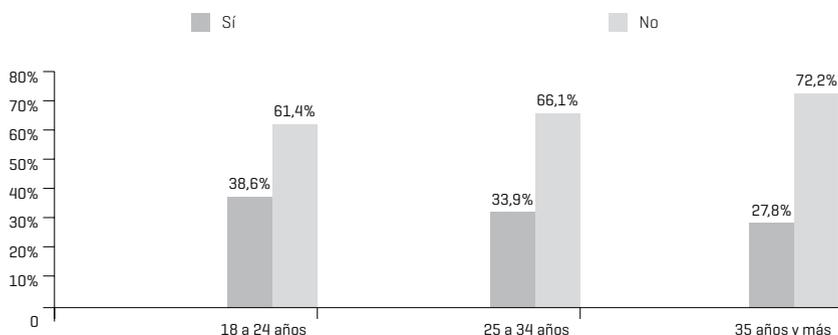


Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaidía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

Si se tiene en cuenta el tipo de delito cometido y el uso de armas, se observa que casi la mitad de los robos fueron cometidos con armas; luego, casi todas las personas detenidas por Tenencia Ilegal de Armas (en adelante, TIA) admitieron haber cometido dicho delito declarando que tenían armas. Sin embargo, uno de los casos por TIA dijo que no tenía armas. En el caso del único secuestro registrado también se admitió haber tenido armas al momento del delito. Lo contrario sucede en el caso de homicidio doloso, en el cual este no fue asumido por el encuestado, probablemente para no agravar su situación legal o porque se trataba de un arma blanca. En uno de los

hurtos el encuestado declaró haber tenido un arma al momento del delito, pero tal vez no la exhibió y por lo tanto, no se le imputa como robo. Como puede verse en el Gráfico 12, si cruzamos la edad con el uso de armas, cuanto más joven es el detenido, mayor es la cantidad que declara el uso de un arma. En la encuesta realizada por el Celiv se arrojan los mismos resultados, pero en diferente porcentaje.

► Gráfico 12. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según si al momento de cometer el delito llevaban un arma por edad del detenido, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda, 2015.
Base: 122 casos.

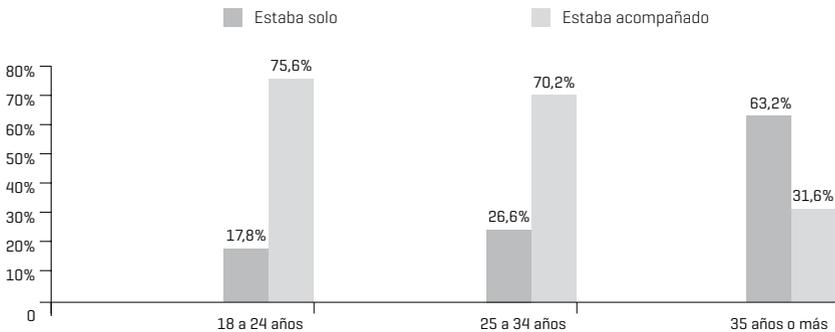
Entre los casos que sí tenían armas al momento de cometer el delito, sólo el 27% (11 casos) admitió haberlas utilizado, aunque no es claro, por el modo en que se formuló la pregunta, de qué manera lo hizo. Si se tiene en cuenta el tipo de delito, no llama la atención que entre los que fueron detenidos por TIA, casi la totalidad dijo que no usó el arma y por eso sólo están procesados por dicho delito. Luego, los que más declararon haberlas utilizado son los que cometieron robo (34,5%), aunque de todos modos no superan a los que no las utilizaron.

Por último, el uso de armas parece más frecuente entre quienes tienen antecedentes (36,4%) que entre los que no los tienen (16,7%), aunque hay que recordar que estamos hablando de pocos casos. De todas

formas, parecería indicar que el haber estado detenido no disuade de utilizar armas para cometer un delito. Por otro lado, el 58% de los que tenían un arma de fuego, declararon que se las dieron o se la compraron a algún familiar, conocido o amigo.

Por otro lado, el 66% (80 casos) de los detenidos declaró estar acompañado al momento de delinquir. En casos de robo, un 84% de las veces estaban acompañados y lógicamente en la totalidad de casos de asociación ilícita y encubrimiento. Además, en la mitad de los homicidios y de tráfico de drogas, en el caso de secuestro y en gran parte de los TIA. Cuando cruzamos estos datos con la tenencia de armas, vemos que aquellos que estaban acompañados declaran más haber llevado arma (40%) que aquellos que estaban solos (19,4%). Sin embargo, de aquellos que tenían armas, los que estaban solos declaran más haberla usado (42,9%) que aquellos que estaban acompañados (21,9%).

- Gráfico 13. Detenidos de la Alcaldía de Avellaneda según si al momento de cometer el delito el detenido estaba acompañado de acuerdo a la edad del detenido, Avellaneda 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas realizadas en la Alcaldía de Avellaneda.
Base: 122 casos.

Como se observa en el Gráfico 13 precedente, encontramos que cuanto más jóvenes son, en mayor medida declararon haber estado acompañados. En efecto, mientras que los encuestados de 18 a 24 años

estaban acompañados en un 75,6%, en los de 35 años o más el porcentaje descende al 31,6%. Además, un 41,6% (37 casos) de los encuestados dijo que su acompañante era “un conocido del barrio” y en segundo lugar un 34,8% (31 casos) dijo que era un “amigo”.

Por último, cuando consultamos a los internos qué ayuda consideran necesaria al momento de salir en libertad, hayan estado detenidos anteriormente o no, un 51% dijo que la mejor ayuda sería ofrecer un trabajo digno, y el resto ofreció respuestas variadas. Algunas de ellas fueron: “Contención, ayuda psicológica, la cárcel te endurece el corazón, salís sin sentimientos”; o vinculadas al trabajo, como: “Que no juzguen mis antecedentes y me den una oportunidad de trabajar”.

CONCLUSIONES

Como puede verse, a grandes rasgos los detenidos en la alcaidía son hombres jóvenes, provenientes de sectores humildes de la población. Antes de ser detenidos poseían empleos informales, poco calificados y en su gran mayoría no habían concluido sus estudios secundarios. Sus padres también poseían empleos poco calificados, y en un gran porcentaje tenían un empleo informal, sobre todo en el caso de las madres. Vemos entonces la selectividad del sistema para con los menos favorecidos.

Esta situación de precarización laboral fue descrita por Young,²⁰ quien postula que estamos frente a un contexto donde la precariedad, la incertidumbre y la exclusión en la esfera económica, en el mercado de trabajo, se encuentran ampliamente difundidas. Afirma que “los límites físicos, sociales y morales se cruzan constantemente en la modernidad tardía”,²¹ ya que en las sociedades actuales la inclusión cultural masiva convive con una sistemática exclusión estructural, lo que el autor llama “sociedad bulímica”, donde reinan la precarización laboral y la inestabilidad. En este sentido, para el autor se vuelve difícil distinguir lo legal de lo informal, y lo informal de lo ilegal, los límites son difusos porque actualmente los mercados formales necesitan de la

20. Young, J., “Merton con energía, Katz con estructura”, *op. cit.*

21. *Ibidem*, p. 70.

clandestinidad para valorizarse, y de esta forma los diversos mundos se entretejen y existe una relación de continuidad entre ellos.

Esto podría relacionarse con lo que *la mayoría de los internos considera la mejor ayuda que podrían recibir al salir en libertad: “un trabajo digno”*. Esta respuesta podría entenderse en el marco de lo postulado por Merton²² acerca de que el delito es una de las respuestas que dan las personas que se encuentran en medio de una tensión, la tensión de la contradicción entre los valores culturales y la estructura social, o los objetivos y los medios para llegar a ellos. Al responder que la mejor ayuda es un “trabajo digno” podemos ver que, en la mayoría de los casos, desean un medio legal y legítimo para acceder a los bienes materiales. Esto podría llevarnos a cuestionar lo postulado por Sutherland²³ acerca de las “subculturas criminales” ya que si bien, como hemos visto, un gran porcentaje de los internos han crecido en entornos delictivos, aun así no poseen “otros valores”, pues sostienen que el trabajo es la mejor ayuda que pueden recibir.

Otro autor que podríamos citar para entender esto es Kessler,²⁴ quien estudió las trayectorias criminales de jóvenes de entre 13 y 31 años. Este autor analizó lo que denominó el “delito amateur”: una alternancia entre el delito y actividades legales para la obtención de recursos. Así, estos jóvenes desarrollan actividades laborales de baja calificación y de corto plazo que eventualmente las combinan con una actividad delictiva, sin perder de vista que lo “correcto” es trabajar y no delinquir.

Autores como Matza y Sykes²⁵ cuestionan el concepto de asociación diferencial de Sutherland al postular que esos jóvenes no poseen “otros valores”, ya que de ser así no tendrían el objetivo de conseguir un buen empleo, además, muchos se sienten arrepentidos, sienten vergüenza o quieren cambiar su vida delictiva. Es así que desarrollan técnicas de neutralización, para decirse a sí mismos que en realidad su compor-

22. Merton, Robert, “El concepto de privación relativa” (1938), en *Teoría y Estructuras Sociales* (1957), México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

23. Sutherland, Edwin, “Una exposición de la teoría”, *op. cit.*

24. Kessler, Gabriel, *Sociología del delito amateur*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

25. Matza, David y Sykes, Gresham, “La delincuencia juvenil y los valores subterráneos” (traducción de Enrique Font), en *American Sociological Review*, Vol. 26, N° 5, 1961, Mimeo; Ídem, “Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia” (1957), *Revista Delito y Sociedad*, N° 20, Santa Fe, Ediciones UNL, 2004.

tamiento no es tan incorrecto. Esto sucede porque las demandas internalizadas de actuar conforme a la ley deben ser satisfechas y se les debe una respuesta, son justificaciones válidas para los delincuentes pero no para el sistema penal. Por ejemplo, en una de las encuestas, un interno contestó que robó una moto porque a cambio obtendría el dinero suficiente para poder terminar su casa. Cabe aclarar que, como son pocos casos, estas conclusiones que ensayamos no son de ningún modo definitivas.

Acerca de las condiciones de detención, podríamos decir que las alcaidías corresponden a la misión para la cual fueron creadas, esto es, mejorar las condiciones de vida que los detenidos tenían en las comisarías bonaerenses. También podríamos aventurarnos a decir que presentan mejores condiciones que muchos penales del sistema provincial, los cuales se encuentran en su mayoría sobrepoblados,²⁶ en condiciones edilicias e higiénicas deplorables, y en ellos los internos sufren diversos tipos de abusos.²⁷

No obstante, cabe señalar que según la Ley Provincial de Ejecución Penal N° 12256, el tiempo que una persona debería estar detenida en una alcaidía es el que transcurre hasta que es dictada la prisión preventiva. Este tiempo, regulado en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires Ley N° 11922, no debería exceder los 30 días. Sin embargo, al preguntarle a los internos hace cuánto tiempo estaban detenidos, algunos expresaron que llevaban hasta cuatro meses en ese lugar. También debemos destacar el hecho de que las actividades recreativas son nulas y pasan demasiado tiempo encerrados, hecho que los afecta psicológicamente, y que no les brindan ningún tipo de “tratamiento” resocializador. Además hemos registrado casos de personas con alguna enfermedad como asma, o con alguna herida importante, que no recibían la atención médica adecuada.

26. SNEEP, *Informe total Argentina*. 2013, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Dirección Nacional de Política Criminal. Subsecretaría de Política Criminal. Ministerio de Justicia Y Derechos Humanos, Buenos Aires. Disponible en: www.jus.gob.ar/media/2736750/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202013.pdf

27. CELS, “Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual”, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2015. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/home/index.php>; Comisión Provincial por la Memoria (CPM), Informe anual, 2015, *op. cit.*

Así, si bien en la Alcaidía gozan de algunas mejoras edilicias, se encuentran en un “limbo”, en una situación de encierro máximo que no se condice con los tipos penales de los cuales se los acusa y además sin recibir ningún tipo de formación que les permita acceder a otras oportunidades por el hecho de ser procesados y no condenados.

Es en este sentido nos parece importante discutir acerca de cuál es la función que se quiere otorgar a las alcaidías, más allá de la de mejorar las condiciones de detención de las comisarías bonaerenses. Como hemos visto, el 54% de los detenidos eran reincidentes, y de estos, sólo un mínimo porcentaje había recibido algún tipo de ayuda cuando salió en libertad. Esto demuestra que el objetivo de “reinserción social” de las cárceles del sistema penitenciario bonaerense es discutible, pues a pesar de lo establecido en las leyes, la realidad parecería estar indicando otra cosa.

Algo más cercano a lo postulado por Sozzo,²⁸ quien aclara que si bien existen ciertos componentes que podrían indicar un objetivo rehabilitador, la balanza se inclina más hacia las características de una “prisión depósito”, a pesar de que en el plano legal, en el ámbito administrativo y en el discurso oficial, las cárceles deberían ser ámbitos resocializadores y rehabilitadores de las personas, las cuales sólo deberían estar privadas del derecho a la libertad y no de otros derechos fundamentales como la salud, la educación y el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

BABBIE, E., *Manual para la práctica de la investigación social*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1996.

BEKER, H., *Outsiders, Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009 (1963).

CELS, “Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual”, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2013. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/home/index.php>

28. Sozzo, Máximo, “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y ‘prisión-depósito’ en Argentina”, *op. cit.*

_____, “Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual”, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2015. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/home/index.php>

COMISIÓN PROVINCIAL POR LA MEMORIA (CPM), Informe anual “El sistema de crueldad IX. Sobre el sistema de encierro y las políticas de seguridad en la Provincia de Buenos Aires”, La Plata, CPM, 2015.

DAROQUI, A. (comp.), *Muertes silenciadas: la eliminación de los “delincuentes”*, Buenos Aires, Ediciones del CCC, 2009.

DURKHEIM, Émile, “Criminalidad y salud social”, *Revista Delito y Sociedad*, N° 24, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires-Santa Fe, Ediciones UNL, 2007 (1985).

GARCÍA FERRANDO, M.; J. IBÁÑEZ, y F. ALVIRA, *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación social*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1986.

KESSLER, Gabriel, *Sociología del delito amateur*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

MATZA, David y SYKES, Gresham, “La delincuencia juvenil y los valores subterráneos” (traducción de Enrique Font), en *American Sociological Review*, Vol. 26, N° 5, 1961, Mimeo.

_____, “Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia” (1957), *Revista Delito y Sociedad*, N° 20, Santa Fe, Ediciones UNL, 2004.

MERTON, Robert, “Estructura social y anomia” (1938) y “El concepto de privación relativa” (1949), en *Teoría y Estructuras Sociales* (1957), México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

OTAMENDI, M. A., “¿Demandas de seguridad o demandas de “mano dura”? El “consenso punitivo” en cuestión en el AMBA (2000-2010)”, *Revista Hologramática*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Año XI, Número 21, 2014, Vol. II.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, Informes Anuales Procuración Penitenciaria de la Nación, PPN, Buenos Aires, 2005 - 2014. Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/?q=informes-anauales>

PNUD, *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 SEGURIDAD CIUDADANA CON ROSTRO HUMANO: diagnóstico y propuestas para América Latina*, Nueva York, PNUD, 2013.

SNEEP, *Informe total Argentina. 2013*, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Dirección Nacional de Política Criminal. Subsecretaría de Política Criminal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires. Disponible en: www.jus.gob.ar/media/2736750/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202013.pdf

SOZZO, Máximo, “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y ‘prisión-depósito’ en Argentina”, en *URVIO Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 1, mayo de 2007, ISSN: 1390-3691.

SUTHERLAND, Edwin, “Una exposición de la teoría” (1947), *Revista Delito y Sociedad*, N° 31, Santa Fe, Ediciones UNL, 2011.

WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2000.

YOUNG, J., “Merton con energía, Katz con estructura” (2003), *Revista Delito y Sociedad*, N° 25, Santa Fe, Ediciones UNL, 2008.

LA IMPORTANCIA DE LOS INDICADORES ESPECÍFICOS EN MATERIA PENAL JUVENIL

REFLEXIONES SOBRE LOS ACTUALES INDICADORES DE LA JUSTICIA PENAL DE MENORES. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS QUE AYUDEN A CONSTRUIR INDICADORES MÁS ÚTILES

Por Claudia Romano Duffau*

Uno de los principales problemas que se conocen con relación al uso de indicadores en la Justicia Penal Juvenil es la falta de uniformidad y criterios de organización de los datos de quienes en su corta edad y en situación de vulnerabilidad están en contacto/conflicto con la ley penal.

Por un lado, esto se debe a que en nuestra estructura de país federal tenemos que coordinar distintos procesos judiciales que podrían concluir en prácticas diferentes e incluso en el uso de conceptos diversos. Pero por otro lado, gran parte de la discusión ha pasado por el intento de cuidarnos de no utilizar términos o campos de conceptualización que estigmaticen, y ello se ha reflejado, a veces, en un vacío de información.

Hoy creo que, convocados a este tipo de encuentros, venimos a reflexionar y a definir qué se necesita marcar como relevante y cómo se puede hablar con un lenguaje común que nos permita estandarizar algunos indicadores para llevar a cabo buenas prácticas en la confección de estadísticas, censos, informes, etcétera.

En otras oportunidades hemos enunciado la importancia de un cambio de mentalidad. Pasamos de no proveer datos a la concientización del operador judicial y a la especialización en la materia. Se ha evolucionado de tal manera que hoy hemos asumido el compromiso y

* Integrante de la Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes perteneciente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

es parte de nuestra función obtener y proporcionar información a través de los diferentes sistemas informáticos en ámbitos como el Poder Judicial u otras instituciones que se ocupan de la niñez y adolescencia y, más específicamente, información del paso de un niño o joven por el Sistema Penal. Todo ello en pos de mejorar políticas públicas existentes o prever nuevas políticas públicas que, con más datos, serán tanto más acordes con la realidad.

En este panel nos encontramos quienes dirigimos algunos programas que podrían permitir la obtención de información. Ahora nos vemos en la etapa de cruzar nuestros informes y de armar registros que proporcionen a la sociedad una estructura de datos accesibles, abiertos, de fácil lectura y de poca complejidad que muestren el estado en que se encuentra la Justicia Penal Juvenil en la Argentina.

No se me escapa la preocupación de diversos organismos tales como Unicef, que nos ha proporcionado el Manual con los indicadores, cuantitativos y de políticas, así como el aporte del Observatorio de Adolescentes y Jóvenes del Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y estos encuentros periódicos, regionales, en los que podemos conversar sobre la normativa de protección y las diferentes particularidades de cada provincia.

Pero a la hora de construir información, el armado es dificultoso y los especialistas y analistas recorren muchos escenarios para adquirir piezas de un rompecabezas sin fin. A eso agreguemos la falta de uniformidad conceptual, la inexistencia de un mecanismo de control nacional y la falta de actualización de los datos que logran obtenerse.

Si ustedes hoy me preguntan qué datos tiene la Oficina Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes con intervención judicial que coordino, antes de mostrarles cifras, debería brindarles una breve explicación de cómo se consigue la carga de datos, de cuáles son los términos que se expresan en el programa y el porqué de los prejuicios de incorporar cierta información, ya sea por la falta de tiempo o por considerar que no son campos necesarios en la instancia judicial, es el caso de los indicadores de salud, de escolarización, de vivienda, e incluso la imposibilidad de obtener el registro de los casos que llegan a la justicia de los menores, de aquellos niños/as que son inimputables.

Los operadores del Sistema Penal Juvenil no pueden dejar de pensar en la vinculación con el sistema de protección de la niñez y adoles-

cencia. Ya actúan con base en sus recursos, y de esta necesaria relación aparecería el aporte de estadísticas judiciales, no para estigmatizar o para registrar antecedentes, sino para colaborar en la prevención y en el hacer de políticas específicas que contemplen datos valederos y acertados de la realidad penal juvenil.

Sería de gran importancia que en la oportunidad del contacto con el niño/a o adolescente que está siendo investigado o imputado por un delito, se pudiera acceder a la información relevante. Destaco la labor de un equipo de operadores especializados que colabora con los jueces y con nuestra Oficina, y que desde sus diversas disciplinas realiza un abordaje de los jóvenes que le permite preguntarles qué les pasó, explicarles la responsabilidad de sus actos y buscar el modo de que no vuelvan al Sistema Penal. Su tarea es, en la medida de lo posible, volver a conectarlos con sus familias, con su círculo más cercano, con quien pueda contenerlos y asistirlos.

Con todos estos datos que hacen a la observación de la situación de niños, niñas y adolescentes judicializados, resulta imperiosa la unificación conceptual y de criterios que permita construir indicadores, y considero que también sería importante concentrar la información –y esta es mi opinión personal– en un Observatorio Judicial, desde el cual se podrían extraer estadísticas e informes.

Planteado el problema, me gustaría hacer mención de algunas de las dificultades que encuentro a la hora de la carga de datos.

Por un lado, y con relación a aquellos datos que hacen a la identidad y ubicación de los chicos y chicas que tienen alguna causa penal en trámite, hay que comenzar a expresarse de una manera más abarcadora y conforme a los tiempos que corren. Por ejemplo, los campos que se refieren al sexo, en los sistemas de información, deben contemplar e incorporar otras posibles alternativas de identidad sexual más allá del uso común de femenino/masculino.

A partir del matrimonio igualitario, el campo de los progenitores debe tener en cuenta otras menciones además de padre/madre, esto con relación a los responsables directos del menor de edad.

En cuanto a las edades, si no se registran los niños/as inimputables, a pesar de que tienen una causa judicial y a veces expediente de tutela, este dato se pierde. Deberíamos buscar el modo de vincular esta información con organismos de protección y de modo directo pasarles

la intervención de estos casos a los fines de que se registren y la información se comparta con el sistema de protección.

Respecto a las nacionalidades, es importante desclasificar el rubro extranjero, sin pensar que se estigmatiza o discrimina a las personas. Es notorio cómo el dato en cifras es muy bajo para menores de edad extranjeros y principalmente estos niños, niñas y/o adolescentes que provienen de países limítrofes y necesitarían de una mayor protección.

Por último, sería interesante coordinar el domicilio del menor de edad con la zona que frecuenta, o si está en situación de calle, para lo cual se deben coordinar esfuerzos con organismos que se ocupan específicamente del tema, y de la prevención y cuidado que debiera tenerse con algunos niños, niñas y adolescentes que pernoctan en plazas, estaciones o terminales, “ranchadas”, etcétera.

De más está decir qué importante sería obtener datos de escolarización, de atención sanitaria, o si posee documentación, porque toda esta información permitiría avanzar en el campo de establecer planes y políticas con base en estadísticas.

Con relación a otros indicadores, me permito hacer algunas aclaraciones que podrían ser útiles para preparar algún documento o protocolo para uniformar y estandarizar los sistemas de información. Habría que considerar, a mi criterio, lo siguiente.

En cuanto nos encontramos con adolescentes en conflicto con la ley penal en situación de aprehensión y privación de la libertad, la primera cuestión que debería tenerse en cuenta es registrar todo tipo de lugar donde el menor de edad ha estado a partir de ser aprehendido (comisarías, el CAD, el CAMET, los institutos o centros de detención, comunidades semiabiertas, y todo otro lugar donde esté alojado contra su voluntad). Esto trae como corolario quién es el responsable de un niño o joven institucionalizado. Todo ello, en un contexto en el que hoy, además, coexisten una Justicia Penal de Menores en el ámbito de la Nación y un Sistema Penal Juvenil en la Ciudad de Buenos Aires. Hay que lograr uniformidad y acordar qué parámetros van a conformar este indicador.

Contemplar también el tiempo de duración que este niño o adolescente suele pasar, en sus varios ingresos y egresos, en centros de detención o privación de libertad y, además, podría pasar en alguna

comunidad socioeducativa, todo ese tiempo en el que se espera el dictado de la sentencia, incluso habrá momentos en que es trasladado, en que intervienen diferentes jueces, a veces se producen fugas y el niño/joven es uno solo con franjas temporarias y destinos diversos, e ingresos y egresos. Es aconsejable centrar los parámetros de medición en la persona, en el uso de un identificador único.

Otro tema que cuesta identificar son los delitos por los cuales el joven llega a esta situación de judicialización. En algunos sistemas se los llaman “objetos”, otros los denominan “tipos de delito”, etcétera. Debe pensarse en cómo combinar más de uno de ellos, porque ocurre que se tiende a considerar el que se configura como de mayor cuantía, o con una calificación de gravedad. Muchas veces son indicadores que fluctúan, pues hay momentos en que el dato se mejora y se individualiza por qué delito se ha aprehendido al menor de edad, y se lo debe modificar con fines estadísticos.

Otro de los indicadores relevantes es el de los “motivos” que llevaron al Juez a su convencimiento de resolver la institucionalización. En este momento se utiliza un listado taxativo (ausencia de familiares, evaluación negativa, etcétera).

Un dato interesante que nos han solicitado registrar en el Programa BGD es si el joven refiere apremios, y si hay alguna denuncia. Organismos autorizados a intervenir y controlar, como la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN) y la Comisión de Seguimiento de la Defensoría Nacional, creo que coordinan sus esfuerzos para conocer situaciones de este tipo, y podría pensarse en registrar esa información.

Aquí nos resulta útil tomar los indicadores que propone el Manual de Unicef, para que en los sistemas informáticos se contemple la situación de privación de libertad, si en ese momento están separados de adultos, si reciben visitas, si están en contacto con sus padres y familiares y con qué frecuencia. Llevar un registro de las sentencias, que lo condenan o absuelven, de las resoluciones que toman una medida socioeducativa, la situación del menor de edad en libertad; la posibilidad de seguimiento a partir del egreso y la vinculación con el sistema de protección o a partir de los diferentes organismos que se ocupan del niño o joven, de acuerdo con la situación que reviste (adicción, conducta, abandono, etcétera).

Para concluir, no debemos olvidarnos de que estos indicadores deben integrarse con la información de las provincias, y adecuarse a sus diversos criterios de clasificación. En el caso de la justicia nacional, los datos que se poseen son los de la justicia federal, y de los delitos que le corresponden. Entonces, si buscamos datos de las causas de la justicia federal donde hay menores de edad involucrados, debemos contemplar la división por circunscripciones de las Cámaras federales, que pueden abarcar localidades de diferentes provincias, por lo que se hace complicado desmenuzar los datos y obtener una estadística a nivel país. En esto también hay que llegar a acuerdos o convenios.

No quiero dejar de sumarme a lo que hace años es una expresión de deseo, de una necesidad, y que nos gustaría que sea una realidad: que exista una Ley Penal Juvenil nacional, que apunte a la especialidad, que ponga en escena los estándares internacionales, que sea operativa en cuanto al proceso penal, que contemple la responsabilidad penal de los menores de edad, y que no se olvide del marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y toda otra regulación internacional de protección de derechos.

Que se tenga como objetivo la prevención, lo que pondría a la sociedad toda como parte fundamental, para que se involucre en una futura Ley Penal Juvenil.

Hacer participar a la ciudadanía en la confección de programas nacionales y políticas públicas, que se plantee qué hacer desde la más temprana edad con el flagelo de la drogadependencia, con el problema de la vulnerabilidad, con la defensa de los derechos, es hacer prevalecer cuánta importancia tiene la educación, para lo cual se necesita invariablemente de información abierta y de acceso público, respetando que el eje primordial es aquel niño/niña o adolescente dentro de su contexto de evolución y desarrollo.

**GESTIONES Y POLÍTICAS DEL PODER
EJECUTIVO RESPECTO DE PROCESOS CON
JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL.
ARTICULACIÓN CON EL PODER JUDICIAL**

EL PODER EJECUTIVO EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL

Por Mariano Kierszenbaum*

INTRODUCCIÓN

El Sistema Penal Juvenil se compone de aspectos institucionales y normativos. Las instituciones se reparten en dependencias del Poder Judicial (juzgados, fiscalías, defensorías, asesorías tutelares)¹ y del Poder Ejecutivo. Los juzgados determinan si el adolescente ha cometido un delito y qué medida corresponde dictar, tanto durante el momento en el que se desarrolla la investigación (prisión preventiva o medida similar,² seguimiento en territorio, remisión de la causa), como luego de la condena (pena o absolución). Por su parte, el Poder Ejecutivo interviene en el proceso en dos órbitas diferentes. Por un lado, mediante las fuerzas de seguridad, que intervienen en la aprehensión y la realización de medidas de prueba como auxiliares del sistema de administración de justicia; y, por otro lado, a través de instituciones especializadas a las cuales les corresponde brindar la

* Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.

1. La inserción institucional del Ministerio Público varía de acuerdo a las jurisdicciones. En el nivel nacional, se trata de un órgano extrapoder (art. 124, Constitución Nacional). Sobre las distintas posturas al respecto, véase: Sesin, Domingo J., “Ubicación institucional del Ministerio Público y de los otros órganos con jerarquía constitucional. Una perspectiva diferente”, en Arocena, Gustavo y Balcarce, Fabián (compiladores), *El Ministerio Público Fiscal. Una evaluación a partir de la reforma*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009. En la Ciudad de Buenos Aires forma parte del Poder Judicial. Asimismo, la estructura del Ministerio Público varía en cada jurisdicción. En la Ciudad de Buenos Aires, se compone de tres ministerios (Fiscal, de la Defensa y Tutelar), mientras que en Nación se compone de dos (Fiscal y de la Defensa, dentro de este último se ubican los asesores tutelares o defensores públicos de menores).

2. Ello depende de cada jurisdicción. En el Código Procesal Penal de la Nación se excluye la prisión preventiva, pero rige la detención con los mismos fines (art. 411).

efectiva prestación en cuanto al cumplimiento de las medidas de alojamiento o seguimiento y supervisión de los adolescentes.

El trabajo de estas instituciones, compuesto de prácticas cotidianas, está regido por un deber ser, que impone los lineamientos generales y específicos que determinan qué debemos hacer y qué no debemos hacer con respecto al abordaje de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Este conjunto de normas es el que constituye el andamiaje legal del Sistema Penal Juvenil.

Las interacciones entre los distintos poderes del Estado son necesarias para que el sistema funcione: si cada institución funciona como un compartimiento estanco, la intervención sobre el adolescente fracasa. Evidentemente, en un sistema republicano de gobierno, cada poder tiene funciones que le son propias y que no deben ser invadidas por los otros. Al Poder Legislativo le corresponderá dictar las leyes que señalan el deber ser, al Judicial, interpretarlas y aplicarlas al caso concreto, mientras que el Poder Ejecutivo pone en práctica esas reglas. Recordando la conocida frase de Beling que reza “el derecho penal no le toca al delincuente un pelo”, en el sentido de que el conjunto de normas que componen el derecho de fondo son impracticables sin un proceso, podemos avanzar un paso más y afirmar que es el Poder Ejecutivo el que efectivamente tiene el contacto directo y permanente con el adolescente,³ en definitiva: más allá de cuál sea la configuración normativa del sistema, todo cae en saco roto si no es que el Poder Ejecutivo, mediante los organismos especializados, traslada ese deber ser al mundo del ser.

Podemos estar de acuerdo en que los principios generales de cualquier Sistema Penal Juvenil, sobre la base de la normativa internacional, se estructuran sobre los pilares de la justicia no punitiva, sino restaurativa.⁴ Coincidiremos también en que las medidas priva-

3. Tal es así que, del total de adolescentes que ingresan al sistema penal a partir de una aprehensión en la Ciudad de Buenos Aires, cerca del 80% de los casos se retiran del Centro de Admisión y Derivación sin pasar previamente por el juzgado (SENNAF, UNICEF, 2015), *Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal*, Buenos Aires, p. 141).

4. Como lo ha dicho el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n° 10, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007 (en adelante, OG 10), párrafo 10: “La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia

tivas de libertad han de ser el último recurso del cual el sistema debe valerse. Además de eso, la normativa internacional reclama la desjudicialización de la intervención.⁵ La práctica demuestra que todo ello sólo es posible siempre que el Poder Ejecutivo actúe ofreciendo al juez soluciones alternativas al caso.

En este punto, la interacción de los poderes Ejecutivo y Judicial es absolutamente necesaria.

La experiencia de la justicia nacional en la Ciudad de Buenos Aires puede dar cuenta de la importancia que ha tenido el Centro de Admisión y Derivación, acaso el mejor escenario para la articulación entre el órgano administrador y el Poder Judicial.

Asimismo, el proceso con el adolescente continúa a través de la intervención de los dispositivos⁶ específicos (en territorio, en residencias socioeducativas o en centros socioeducativos de régimen cerrado). La importancia de la articulación con el Poder Judicial a lo largo de todo el proceso es mayúscula, más aún si se tiene en cuenta que la decisión respecto de la pena incluirá necesariamente la valoración del periodo de tiempo en el que el adolescente permaneció bajo la supervisión de un dispositivo del Poder Ejecutivo (artículo 4, Ley N° 22278).

A continuación abordaremos los aspectos centrales del andamiaje normativo e institucional del Sistema Penal Juvenil.

penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”.

5. La Convención, en el artículo 40, inciso 3.b, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas para tratar a los niños infractores y presuntos infractores a la ley penal sin recurrir a procedimientos judiciales. A su vez, la Observación N° 10 en su párrafo 22 establece que las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas respecto de aquellos niños y adolescentes presuntos infractores e infractores a la ley penal: aquellas medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales y aquellas medidas que se tomen dentro de un contexto judicial; mientras que en el párrafo 25 se establece como exégesis de los principios establecidos en el párrafo 1° del artículo 40 de la Convención, que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas para con los niños en conflicto con la ley penal que no supongan el recurso a procedimientos judiciales. En el mismo sentido, ver las Reglas de Beijing, artículo 11.

6. “... el término dispositivo penal juvenil se refiere a una modalidad particular de organización de las intervenciones del Estado para implementar una medida judicial como respuesta a la infracción, o presunta infracción, de la ley penal por parte de una persona menor de edad” (SENNAF-UNICEF, 2015, p. 11).

EL ANDAMIAJE NORMATIVO DEL DERECHO PENAL JUVENIL

Como derecho penal juvenil combina aspectos del derecho penal y aspectos del derecho de la niñez. Del derecho penal recibe todas aquellas garantías que corresponden a cualquier imputado de cometer un delito: principio de acto, de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, garantía de defensa en juicio, juicio previo, plazo razonable, inocencia, entre otras. Del derecho de la niñez se ve influido por los principios de especialidad, de protección especial, de educación y por el interés superior del niño, como los más destacados.

PRINCIPIOS, REGLAS Y JERARQUÍA NORMATIVA

Esta normativa tiene una jerarquía, es decir, hay normas que están por encima de otras y determinan cómo aquellas deben ser. Por otra parte, estas normas pueden constituir *principios* que marcan caminos generales hacia donde sería deseable llegar, dentro de las posibilidades concretas con las que contamos, y *reglas*, que determinan obligaciones específicas que se deben realizar sin consideración de circunstancias particulares.⁷ Por ejemplo, un principio elemental es el del interés superior del niño: sabemos que el sentido de nuestra intervención es siempre favorecer aquello que sea mejor para el niño, pero la norma no nos indica cómo hacerlo o qué es exactamente aquello que es mejor para el niño. Una regla, por ejemplo, la constituye la prohibición expresa de la utilización de armas en los dispositivos: la regla es absolutamente directa y no depende de contextos o posibilidades.

Las normas que nos rigen pueden ser tanto internacionales, nacionales como provinciales. A su vez, estos agrupamientos se estructuran jerárquicamente.

La norma de máxima jerarquía dentro del orden jurídico es la Constitución Nacional y ella incluye a los tratados internacionales

7. Hemos hecho aquí una clasificación simplificada. La discusión respecto de las diferencias entre reglas y principios es verdaderamente profunda y a ellos se les han asignado distintos significados y alcances. Para una descripción clara y completa de las distintas posiciones, véase: Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", *Doxa-10*, 1991, pp. 101-120.

de derechos humanos, a los que pone a su par, entre esos tratados, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, el derecho internacional de la niñez contiene reglas específicas que regulan aspectos particulares del Derecho Penal Juvenil. Esas reglas son las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Reglas de La Habana.

Por debajo de la Constitución se ubican las normas nacionales, entre ellas, la Ley N° 22278 (Régimen Penal de la Minoridad) y la N° 26061 (Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes), y luego, las normas provinciales (por ejemplo, los códigos de procedimiento).



En materia de niñez, la norma más importante a nivel mundial es la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada en 1989 y ratificada por prácticamente todos los países del mundo. Ella contiene una serie de derechos y garantías que son fundamentales para los niños, a quienes define como toda persona menor de 18 años de edad. Referidos al derecho penal, la Convención sólo contiene dos artículos específicos, el artículo 37 y el 40. Estos dos artículos establecen una serie de principios generales y algunas reglas específicas, como la prohibición de pena de muerte o de prisión perpetua.

NORMAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Estas disposiciones contenidas en la Convención se complementan con las normas específicas que regulan todo lo relativo a las distintas etapas de intervención del Derecho Penal Juvenil: la prevención, el juicio y las consecuencias.



Referidas a la prevención están las Directrices de Riad: Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.⁸ Los pilares de la prevención son la contención familiar, la educación, la contención comunitaria y la política social.

Referidas a la administración de justicia están las Reglas de Beijing: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.⁹

En cuanto a las medidas que pueden tomarse respecto de los adolescentes, las reglas se dividen en aquellas referidas a medidas no privativas de la libertad y aquellas referidas a medidas privativas de la libertad.

Referidas a las medidas no privativas de la libertad están las Reglas de Tokio: Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.¹⁰

Referidas a las medidas de privación de la libertad están las Reglas de La Habana: Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.¹¹

8. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

9. Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985.

10. Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

11. Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

LAS REGLAS QUE RIGEN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Concepto de privación de libertad

El concepto de “privación de la libertad” viene definido por la Regla 11.b. de las Reglas de La Habana:

Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

Privación de libertad como último recurso

La regla general del Sistema Penal Juvenil indica que este tipo de medidas se toman sólo como último recurso, por lo cual, sólo deberían corresponder en caso de adolescentes que cometieren hechos graves y respecto de los cuales no hubiere otra posibilidad de abordaje.

Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo (Reglas de La Habana, Regla 2).

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 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 máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible (...) (Reglas de La Habana. Regla 17).

Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible (Reglas de Beijing, Regla 13.1)

Penas y prisión preventiva: diferencias

La privación de la libertad puede tener como fundamento (y naturaleza jurídica) dos razones. Por un lado, puede funcionar como pena, lo cual presupone que la persona haya sido declarada culpable (penalmente responsable) y que se haya dispuesto la necesidad de aplicar una pena privativa de la libertad (prisión) y se la haya individualizado (cantidad de años en concreto). Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico es condición necesaria para la imposición de una pena que la persona haya cumplido los 18 años de edad, aun cuando el delito hubiera sido cometido antes. Por esa razón, no hay menores privados de la libertad en cumplimiento de penas. La otra posibilidad de privación de la libertad en el marco de un proceso penal es la de una medida cautelar: prisión preventiva o similar. Estas medidas se dictan sobre la base de riesgos procesales: el imputado puede fugarse o entorpecer el curso de la investigación.

Las normas internacionales también establecen la necesidad de separación entre los adolescentes que se encuentran cumpliendo medidas anteriores a la condena y aquellos que ya están condenados.

Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables (Regla 17).

No perjudicar otros derechos y brindar prestaciones positivas

Cuando un adolescente es privado de la libertad no debemos olvidar que esa medida, dictada por un juez, sólo priva al adolescente del derecho a la libertad ambulatoria, pero *no puede implicar la privación de otros derechos. Es más, el Estado está obligado a favorecer los otros derechos respecto de los cuales el adolescente no puede ser privado*, por ejemplo, la educación o la salud. Estas son obligaciones positivas que el Estado tiene respecto de los adolescentes.

Ello surge también de las Reglas de La Habana:

No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad (Regla 13).

La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores reclusos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad (Regla 12).

Separación de los adultos

En cualquier caso y cualquiera fuere el motivo de la privación de la libertad, los menores deben estar en lugares especializados separados de los adultos.

En todos los centros de detención, los menores deberán estar separados de los adultos a menos que pertenezcan a la misma familia. En situaciones controladas, podrá reunirse a los menores con adultos cuidadosamente seleccionados en el marco de un programa especial cuya utilidad para los menores interesados haya sido demostrada (Reglas de La Habana, Regla 29).

Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos (Reglas de Beijing, Regla 13.3).

La educación como eje central de la intervención [pero no como fundamento de la medida]

El eje central de la intervención está marcado por la educación. La educación debe servir para responsabilizar al adolescente y reinsertarlo positivamente en la sociedad.

La educación no se refiere sólo al aspecto formal, en el sentido de educación primaria o secundaria, sino que comprende actividades diversas y un conjunto de intervenciones vinculadas con el devenir cotidiano y el modo de relacionarse con los otros.

Las reglas disponen:

Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta

enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan cumplir sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial (Regla 38).

La intervención sobre los adolescentes debe centrarse, en este sentido, en la palabra, la explicación y la enseñanza, y el uso de la fuerza sólo puede admitirse como último recurso ante situaciones excepcionales.

Las reglas establecen:

Deberá prohibirse el recurso a instrumentos de coerción y a la fuerza con cualquier fin. Salvo en los casos establecidos en el artículo 64 *infra* (Regla 63).

Sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción en casos excepcionales, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento. Estos instrumentos no deberán causar humillación ni degradación y deberán emplearse de forma restrictiva y sólo por el lapso estrictamente necesario. Por orden del director de la administración, podrán utilizarse estos instrumentos para impedir que el menor lesione a otros o a sí mismo o cause importantes daños materiales. En esos casos, el director deberá consultar inmediatamente al personal médico y otro personal competente e informar a la autoridad administrativa superior (Regla 64).

En todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas (Regla 65).

Es importante señalar que el componente educativo es propio de la ejecución de la medida, pero no es el fundamento de la medida. Es decir que para privar de la libertad a un adolescente en función de la posible comisión de un delito, se deberán verificar determinados indicadores que las leyes procesales dispongan (peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación por ejemplo) y una vez que el adolescente esté privado de la libertad, el contenido de la medida deberá centrarse en la educación. Sin embargo, la educación no puede

transformarse en el fundamento de la privación. Sería incorrecto, por lo tanto, que se resolviera mantener una medida penal porque el adolescente aprendería allí a leer.

Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación (Regla 18.b).

LOS DISPOSITIVOS DEL SISTEMA PENAL JUVENIL

En materia de dispositivos del Sistema Penal Juvenil, Argentina tiene una estructura federal, según la cual cada provincia organiza y administra sus dispositivos. En función del principio de especialidad, la inserción institucional de los dispositivos debería ser el organismo especializado en niñez y adolescencia de la respectiva jurisdicción.¹² Ello tiene muchas ventajas, entre otras, que sus representantes participen del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, donde se determinan a nivel federal, junto con la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, las políticas para la niñez y adolescencia (de conformidad con los arts. 42 a 46 de la Ley N° 26061).

Los dispositivos posibles pueden separarse en tres grandes grupos: programas de supervisión en territorio,¹³ establecimientos de restricción de la libertad¹⁴ y establecimientos de privación de la libertad.¹⁵ En total, estos programas trabajan, según los datos de 2015, con 3908 adolescentes en total (SENNAF-UNICEF, 2015, p. 14).

12. Según el relevamiento realizado por SENNAF y UNICEF (2015), la mayoría de los dispositivos del Sistema Penal Juvenil (91,5%) dependen del área especializada.

13. "... incluyen a adolescentes y jóvenes infractores o presuntos infractores a la ley penal, y son dispositivos de aplicación de una medida restrictiva de la libertad en ámbitos socio-comunitarios, como los Programas de Supervisión y Monitoreo, Libertad Asistida y Sistemas de Acompañamiento" (SENNAF-UNICEF, 2015, p. 11).

14. "... alojan a adolescentes y jóvenes infractores o presuntos infractores a la ley penal. En general, estos dispositivos se denominan Residencias Socio-educativas" (SENNAF-UNICEF, 2015, p. 11).

15. "... albergan adolescentes y jóvenes infractores o presuntos infractores a la ley penal, la mayoría son Centros Socio-educativos de Régimen Cerrado, aunque en menor medida, también existen Centros de Admisión y Derivación, Alcaldías y Comisarías" (SENNAF-UNICEF, 2015, p. 11).

Existen a lo largo del país veintiséis (26) programas de supervisión en territorio descentralizados en setenta y cinco (75) delegaciones los cuales trabajan con 2.915 adolescentes (el 74,6% del total); treinta y un establecimientos (31) de restricción de libertad que albergan 122 adolescentes (3,1%), y sesenta y un (61) establecimientos de privación de libertad que albergan 871 adolescentes (22,3%) (conf. SENNAF-UNICEF, 2015, pp. 13 y 14). En los distintos dispositivos, hay cuerpos técnicos interdisciplinarios. Estos equipos deben estar conformados por profesionales de diferentes disciplinas (médicos, psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos y trabajadores sociales), responsables por la elaboración de informes sobre el adolescente y su medio familiar y social.

Estos informes se desarrollaron como política orientada a la singularidad del adolescente y su situación familiar. A su vez, estas estrategias hacen foco en la articulación con la comunidad y en particular con aquellas organizaciones en las que se hallaba incluido el adolescente antes de entrar en conflicto con la ley penal, de manera de poder realizar una evaluación y un diagnóstico respecto a la accesibilidad de derechos desde una mirada interdisciplinaria. Para que se logre un funcionamiento sistémico que de alguna manera permita establecer las bases de la posibilidad de cumplir con la función socioeducativa, es menester que tanto los agentes judiciales como los agentes administrativos (sean del sistema penal o de protección de derechos) interaccionen entre sí de manera fluida.

FUNCIONAMIENTO DEL CAD EN LA ARTICULACIÓN CON EL PODER JUDICIAL

El Centro de Admisión y Derivación es un dispositivo especializado que funciona para el alojamiento de los adolescentes aprehendidos por una fuerza de seguridad. Su principal objetivo es evitar el tránsito y alojamiento de adolescentes en comisarías. Funciona, de este modo, de manera articulada con las fuerzas de seguridad. El alojamiento en el Centro de Admisión debe ser por un periodo de tiempo breve (no superior a las 12 horas) en el cual el equipo técnico articula con el juzgado y sugiere la medida que considere más apropiada al caso, todo ello, a través de comunicaciones telefónicas e informes. En este

punto, a partir de esta articulación, el CAD se convierte en la puerta de entrada al Sistema Penal Juvenil y, al propio tiempo, puede erigirse también como una puerta de salida. Ello se realiza mediante propuestas concretas a los juzgados para encontrar alternativas al Sistema Penal Juvenil, en consonancia con la normativa internacional que demanda la aplicación de medidas alternativas, tanto al proceso como al encierro, y la desjudicialización.

A nivel provincial y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se verifica la existencia de normativas que receptaron la Ley N° 26061, en especial en sus códigos procesales que incluyeron institutos tales como la remisión. Por ejemplo: el Régimen Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 2451) en su artículo 53 prevé la remisión junto con la mediación como vías alternativas de resolución de conflictos. También dicho instituto se encuentra regulado en el Capítulo 5 de la Ley N° 7863 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de La Rioja, entre sus artículos 107 a 111.

Desde el punto de vista fáctico, las estadísticas confirman que la mayoría de los casos configuran delitos leves, si consideramos por tales aquellos en los que no media violencia. Si contemplamos las estadísticas de la Ciudad de Buenos Aires, según los ingresos registrados en el Centro de Admisión y Derivación, se observa que el 54,7% del total de los ingresos fueron por delitos contra la propiedad sin armas en 2013, del 53,1% en 2014 y del 51,1% en el primer semestre de 2015 (SENNAF-UNICEF, 2015, p. 147).

De la experiencia recogida en el Centro de Admisión y Derivación “Úrsula I. Inchausti” y a partir de la intervención de los equipos técnicos interdisciplinarios que trabajan con los adolescentes, se constató que durante 2013, el 70% de los adolescentes que pasaron por el CAD no fueron derivados luego a dispositivos del sistema penal, con idénticas cifras en 2014 y con un 77% en el primer semestre de 2015 (SENNAF-UNICEF, 2015, p. 141). A su vez, las estadísticas internas del Centro de Admisión y Derivación durante 2015 nos muestran que del total de los ingresos, en un 84% el CAD sugirió que el adolescente no ingresara a dispositivos del sistema penal y que de ese 84%, en el 81% de los casos, la autoridad judicial consideró esta sugerencia. La estadística demuestra que a través de indicadores claves, los equipos técnicos configuran su-

gerencias técnicas a los organismos judiciales que no sólo coadyuvan a la especialidad y celeridad exigidas en dichas circunstancias sino que además permiten una mirada transversal, dados los diferentes saberes de los profesionales y operadores que componen dichos equipos técnicos, sobre la situación específica de cada adolescente en particular que, a su vez, habilita la posibilidad de –desde un principio– realizar una intervención dirigida hacia la finalidad socioeducativa y de construcción de ciudadanía. Al mismo tiempo, el equipo técnico interdisciplinario no sólo articula con los órganos judiciales, sino también con los organismos administrativos de protección de derechos, al verificar la vulneración a la que se encuentran expuestos la mayoría de los adolescentes que ingresan a dicha institución.

CONCLUSIÓN

El Sistema Penal Juvenil ha de funcionar como un sistema, y para ello es necesario que todos los que lo componemos sepamos cuál es nuestro rol y cuál el de los otros organismos que intervienen. Es fundamental que interactuemos, que no nos superpongamos, que intercambiamos experiencias y que, por sobre todo, procuremos hacer siempre aquello que es mejor para el adolescente.

**ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERSIALES EN
LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY N° 2451**

APLICACIÓN DE LA LEY N° 2451, PERSPECTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR

Por Noris Pignata*

Antes que nada debo dar cuenta del lugar desde el cual me posiciono para analizar la aplicación de esta ley. Integro el Ministerio Público Tutelar, con lo cual, por mandato legal es mi obligación defender los intereses de las personas menores de 18 años o de aquellos que tienen padecimientos mentales, cuando son imputados, víctimas o testigos.

Por lo tanto, en virtud de las facultades legales, somos un actor de la Justicia Penal Juvenil.

En nuestra acotada competencia, no tenemos un número importante de causas en las cuales los adolescentes resulten imputados. Las existentes hasta ahora han permitido aplicar la Ley N° 2451, no en su totalidad pero sí en la etapa de investigación, así como respecto de las soluciones anticipadas del proceso.

Analizar su aplicación es interesante no desde el punto de vista del universo al que se aplica, el cual ya aclaré que es muy acotado, sino por los siguientes aspectos:

- La interpretación que hacen los actores del proceso respecto del contenido de la ley.
- El que sea una ley especial que debe aplicarse en forma conjunta con el Código Procesal Penal.
- La formación de los actores procesales que interpretan la ley.

Estos tres aspectos pueden ser considerados un obstáculo para una interpretación constitucional de la Ley N° 2451.

* Asesora Tutelar de la Cámara de Apelaciones ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se desempeñó como Directora General de Programas Descentralizados del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes desde el año 2010 hasta el 2014. Responsable del Programa de Rediseño del Circuito Penal de la SENNAF en 2000 y 2001. Jefa del Departamento de Asistencia Jurídica de la Dirección General de Niñez de la Ciudad entre 1990 y 2000.

LA CUESTIÓN CONTROVERSIAL DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY N° 2451 SE RELACIONA CON EL ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY ESPECÍFICA

Es claro el texto de la ley cuando define que se aplica a todos aquellos que en el momento de realizar la “acción típica” tienen entre 16 y 18 años.

El Régimen Procesal Penal Juvenil plantea normas especiales desde el comienzo de la persecución estatal hasta su finalización, ya sea por archivo, solución anticipada o cumplimiento de condena.

El Ministerio Público Fiscal (MPF) ha llevado a cabo una interpretación para restringir la utilización de la especialidad (aplicación de una norma procesal propia) basada en el cumplimiento de los 18 años durante el proceso.

Las primeras limitaciones que el MPF planteó fueron aquellas relativas a la legitimación del Alto Tribunal para intervenir en el proceso una vez que el imputado cumplía los 18 años, a ese respecto, el Tribunal Supremo de Justicia resolvió, desde mi punto de vista, en forma inconstitucional, teniendo en cuenta la Convención de los Derechos del Niño y la normativa internacional sobre el tema, lo que en la práctica implica una restricción de derechos, una modificación de las reglas de juego que afecta el debido proceso, además de una concepción basada en la incapacidad del sujeto.

Por ello hace lugar al planteo del MPF diciendo que la edad de 18 años era un límite para la intervención del Alto Tribunal, entendiéndose que este interviene en representación de un sujeto incapaz.

La interpretación restringe donde la ley no hace ninguna diferencia, es obvio que si el legislador hubiera tenido en miras la edad del sujeto al momento del proceso, así lo habría establecido, e inclusive se habría referido especialmente a ello, ya que los objetivos de una ley penal juvenil y los de una ley penal común son diferentes.

LOS DISTINTOS FALLOS EN LOS CUALES EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA [TSJ] SE EXPRESÓ SOBRE EL TEMA

C. 7287 Romano s/ 189 bis rto. 27/04/11

Los argumentos del TSJ para sostener su resolución se encuentran desarrollados especialmente en dos votos:

I. Voto de la jueza Ana María Conde, que sostiene su fundamentación en los siguientes argumentos:

(a) “La actuación de la Asesoría Tutelar en las causas penales que tramitan en nuestra jurisdicción –y su aptitud para continuarla ante esta instancia de excepción– se encuentra subordinada a que efectúe planteos y cuestionamientos propios de su ámbito de incumbencia”.

(b) “La mayoría de edad, en tanto implica la cesación de la incapacidad de la persona, hace cesar la representación o asistencia sobre el joven. Sin perjuicio de ello, toda vez que el planteo fue efectuado mientras el joven era menor de dieciocho años de edad, se emplaza a la defensa a que manifieste si hace suyos los recursos de la Asesoría”.

(c) “Sin perjuicio de que la Ley Procesal Juvenil menciona que el asesor tutelar debe intervenir en determinados actos procesales aun cuando la persona haya superado los 18 años de edad, la intervención de la Asesoría Tutelar debe cesar, puesto que en el contexto en el cual se sancionó el RPPJ, en realidad, los menores de veintiún años continuaban siendo menores de edad y se justificaba su actuación en la medida en la cual tales personas no tenían capacidad plena de hecho para ejercer sus derechos, pero la modificación del Código Civil impide un paternalismo o proteccionismo extremo sobre quienes tengan 18 años de edad”.

(d) “El cese de la intervención de la Asesoría Tutelar corresponde al margen de que deba aplicárseles, para su juzgamiento, el Régimen Procesal vigente al momento de los hechos que se les imputan”.

II. Voto del juez Luis Francisco Lozano

(a) “Una vez adquirida la mayoría de edad por la persona involucrada en el proceso, dado que en ese momento cesa la necesidad de velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías especiales que asisten a la persona menor durante el proceso judicial, cesa también en esa oportunidad la participación de la Asesoría”.

Esta línea se sostiene en fallos posteriores:

C. 7221 Fierro Zanardi s/183 L 23952, rto 27/04/11

Antecedentes

En una causa penal seguida contra una persona menor de dieciocho años de edad el fiscal presentó un requerimiento de elevación a juicio. En forma inmediata posterior el asesor tutelar de primera instancia recusó al magistrado que actuó como juez de garantías durante la investigación penal preparatoria puesto que consideró que esa intervención afectaría su imparcialidad en la etapa intermedia del proceso. La defensa técnica del imputado se encontraba a cargo de un letrado de la matrícula, quien, vale decir, no pudo expedirse en ningún momento acerca del punto introducido por el asesor tutelar.

Después de ser rechazada la recusación y atravesar esa cuestión las distintas instancias judiciales locales, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA resolvió rechazar el recurso de queja presentado por la asesora general tutelar, con motivo en que un planteo como el ensayado era ajeno a su ámbito de incumbencia en el proceso penal, sin aclarar concretamente cuál era este último, por qué el planteo era ajeno a la competencia del asesor tutelar penal –aun cuando uno puede entender que así lo es, lo cierto es que el TSJ no da razones para ello, salvo la jueza Ana Conde que cita la opinión del fiscal adjunto Luis Cevasco– y cuál era en concreto el agravio que podría conllevar un “exceso” de ese tipo.

I. Voto del juez Luis Francisco Lozano

“(a) El planteo de recusación formulado por el Ministerio Tutelar es ajeno al ámbito de los derechos especialmente reconocidos a las personas menores de edad en conflicto con la ley penal, toda vez que su defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores que las personas sometidas a proceso designan –remite a casos ‘Yerbal’ y ‘Romano’”.

II. Voto de la jueza Ana María Conde

“(a) La titular del Ministerio Público Tutelar no puede intervenir en este proceso con el alcance pretendido puesto que la defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o los defensores de confianza, actuación con la que no puede superponerse”.

“(b) No puede aceptarse que la representante del Ministerio Público Tutelar tenga el mismo rol que el defensor técnico, puesto que su actuación está dirigida a proteger otros intereses del menor, y ello es así especialmente cuando el derecho de defensa se encuentra garantizado para esa persona”.

“(c) La actuación del Ministerio Público Tutelar se reduce a efectuar planteos y cuestionamientos propios del ámbito de su incumbencia”.

III. Voto del juez José Osvaldo Casás

Adhiere a los votos de los jueces Conde y Lozano.

IV. Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz

“(a) La circunstancia de que el Sr. Fierro Zanardi haya alcanzado la mayoría de edad implica el cese de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público Tutelar”.

“(b) El estado de indefensión del imputado en el incidente de recusación –en tanto no se le dio intervención y tampoco a su defensa técnica– autoriza la ultra-actividad de situaciones jurídicas temporales que resultan beneficiosas para quien es penalmente perseguido, en este caso, la intervención a su favor de la Asesoría General Tutelar”.

“(c) Obiter dictum: No hay dudas acerca de la legitimación del Ministerio Público Tutelar en todas las etapas cumplidas en el proceso hasta la mayoría de edad del Sr. Fierro Zanardi, dado que es imputado en una causa penal (art. 40, Ley N° 2451 y su voto en ‘Yerbal’).”

C. 7297 Cerro Colca s/189 bis rto 11/08/11

El voto del juez Luis Francisco Lozano establece:

“Como principio, una vez adquirida la mayoría de edad por la persona involucrada en el proceso, dado que en ese momento cesa la necesidad de velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías especiales que asisten a la persona menor durante el proceso judicial, cesa también en esa oportunidad la participación de la Asesoría. Ello aun cuando, como en el caso, la Asesoría General Tutelar viene recurriendo con sustento en cuestiones que tienen directa vinculación con garantías especialmente consagradas a favor de las personas menores de edad, lo que le daría, por regla, legitimación autónoma a ese organismo”.

Al cual adhieren los Dres. Casás y Conde.

C. 9660 Woloszynski s/149 bis rto 4/06/14

“La AT no prueba que el imputado se encuentre en algunas de las situaciones que ameritan su intervención, es mayor, no tiene padecimientos mentales acreditados en el expediente”.

C. 10285/13 - Fariña / Fleitas s/189 bis, rto 29/10/2014

El voto de la Dra. Conde se remite a los fundamentos dados en la causa N° 7287/10, resolución del 27/4/2011 y Expte. N° 8171/11, resolución del 28/12/2011.

En el voto del Dr. Casás se expone que:

“... el recurrente no ha logrado demostrar la configuración, en el caso, de una cuestión constitucional en torno a la interpretación que –conforme a la jurisprudencia de este Tribunal– hicieron los jueces de mérito del art. 40 RPPJ, ni ha logrado exponer nuevas razones que permitan derribar los fundamentos brindados por este Tribunal para sustentar su doctrina sobre los alcances de la legitimación de la Asesoría Tutelar para intervenir en procesos en los que los menores de edad imputados han alcanzado la mayoría de edad (cf. este Tribunal, *in re* “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘R., J. L. s/ inf. art. 189 bis CP’”, Expte. N° 7287/10, resolución del 27/4/2011 y *mutatis mutandi*, “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘V., J. E. D. s/ infr. art. 129 1° párrafo del CP’”, Expte. N° 8171/11, resolución del 28/12/2011)”.

En el voto del Dr. Lozano, se lee:

“Coincido con mis colegas en que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asesoría General Tutelar a fs. 411/423 vuelta, pues no viene controvertido que, al momento de su interposición (cf. el cargo de fs. 423 vuelta), los jóvenes A. F y E. F ya habían alcanzado la mayoría de edad (cf. fs. 33/34 y 46). Esta circunstancia llevó a la Cámara a quo a dar por concluida la intervención de la Asesoría Tutelar en las presentes actuaciones (cf. fs. 373), decisión que tiene sustento suficiente en razones de hecho y prueba y una interpretación del derecho infraconstitucional –cuya aplicación tampoco ha sido controvertida– no revisable en esta instancia. Por úl-

timo, vale aclarar que los imputados cuentan con la representación de sendas defensas oficiales, quienes, por lo pronto, han ejercido en todo momento su ministerio en cumplimiento y resguardo de los derechos y garantías de sus asistidos”.

PLANTEOS INCONSTITUCIONALES A PROPUESTA DEL MPF, PARA AMPLIAR DE HECHO LA RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DEL ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

Esta línea de interpretación del ámbito personal de aplicación, iniciada por el TSJ aplicando restrictivamente el artículo 1, ha llevado al MPF a ampliar la restricción interpretativa a otros supuestos restringiendo la aplicación del RPPJ y utilizando en su desmedro el CPPCABA.

La interpretación impulsada por el MPF, y acogida positivamente por el TSJ, implica:

1. Un retroceso, violando el principio de no regresividad contenido en los pactos y convenciones. Ya que por vía de la interpretación se aplica una norma penal de adultos, a una situación que según lo establecido por el corpus iuris CDN, Directrices, Reglas, OG. 10 y OC 17; la respuesta estatal para un niño que realiza una acción tipificada como delito no puede ser igual, y por lo tanto debe ser diferente que si se tratara de un adulto.
2. Las sentencias que hacen lugar a esta interpretación resuelven en forma contraria a la CN.

En lo personal, opino que tanto la línea sostenida por el MPF como los argumentos citados en las sentencias se pueden cuestionar por las siguientes razones:

- a. una interpretación contraria a la aplicación de normas de carácter constitucional acerca del alcance que cabe asignarle al derecho de defensa en juicio de una persona imputada de la comisión de un delito siendo menor de edad y su respectiva vulneración del debido proceso adjetivo (artículos 18, 33 y 75, incisos 22 y 23, CN; 5.5, 8 y 19 CADH; 14, PIDCyP; 3, 37 y 40, CDN; y 10, 13.3 y 39, CCBA);

- b. el principio de estricta legalidad (artículos 18, 19 y 75, inciso 22, CN; 9 y 29.b, CADH; 5.2 y 15, PIDCyP; y 10 y 13.3, CCBA);
- c. el derecho del imputado menor de edad a recibir un trato penal diferenciado, que atienda su condición de niño y respete su derecho a la igualdad (artículos 16 y 75, incisos 22 y 23, CN; 5.5, 19 y 24, CADH; 3, PIDCyP; 2, 37 y 40, CDN; y 10, 11 y 39, CCBA).

Los planteos de inconstitucionalidad realizados tienen como base la arbitrariedad de la sentencia.

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE CONTAR CON UNA ASISTENCIA ADECUADA [ESPECIALIDAD]

Sin basarse en norma alguna, aparta a la asesoría tutelar –órgano especializado (conforme 40.2.b.iii y 40.3, CDN) y obligatorio (según el RPP)– que se hallaba interviniendo en favor de la persona imputada por un hecho presuntamente acaecido cuando tenía menos de 18 años de edad.

La Cámara interpreta, haciendo referencia al fallo “Romano”, que “al cumplir la mayoría de edad cesa de pleno derecho la intervención del Asesor Tutelar” por considerar que lo que finaliza al cumplir los dieciocho años es “el régimen tuitivo especial que resguarda a las personas menores de edad durante el proceso penal”.

Confundiendo de esa forma la referencia que el TSJ en la Causa N° 7287/10, al hablar de cese de pleno derecho se está refiriendo a la situación de incapacidad que en ese momento el Código Civil entendía era la regla cuando las personas tenían una edad inferior a 18 años; como el eje de este sistema era la incapacidad del sujeto, la intervención del Asesor Tutelar se basaba en la representación del incapaz, para la protección o tutela de sus intereses.

La Ley N° 2451 no relaciona la intervención del Asesor Tutelar en el proceso penal con la necesidad de resguardo de las personas menores de edad, ya que la concepción en la cual se enrola dicha norma legislativa es la CDN, en la cual la persona humana es capaz, tiene autonomía progresiva, y cuando es menor de 18 años, la reacción estatal ante un hecho que se encuentra tipificado como delito en el Código Penal (construido por y

para adultos), se exige que sea diferente, con objetivos propios fundados en la capacidad de progresar de un sujeto en desarrollo.

Otro de los fundamentos es considerar la edad como una condición necesaria que tracciona sobre las facultades del Asesor Tutelar, entendiéndose que al superar, por el paso del tiempo, la edad prevista en la norma, ha desaparecido la condición.

Esta línea de pensamiento es claramente contraria al artículo 1 de la Ley N° 2451, donde la edad del sujeto imputado que determina el tipo de proceso al cual será sometido, los actores que participan, su finalidad, y el objetivo e interés estatal en este desarrollo específico y no otro, es la que tenía al momento de la realización del hecho que se le imputa.

El posterior paso del tiempo, y con ello los futuros cumpleaños entre los cuales se encuentran los 18 años, no modifican la modalidad, los intereses y los objetivos de la respuesta estatal especializada; si nos detenemos en la Ley N° 2451, vemos que abarca desde el inicio del proceso hasta cuando se considera cumplida la pena, por lo tanto es imposible pensar que los legisladores no advirtieran que sería imposible congelar el crecimiento del sujeto, y que seguramente la aplicación de estas reglas de juego especiales continuarían más allá de la mayoría de edad, sin embargo no previeron modificación alguna como consecuencia de ese hecho, como ser la participación del Asesor Tutelar.

La modificación del Código Civil y Comercial incorporó las Convenciones de Derechos Humanos, lo cual modifica la condición jurídica de la persona humana, reconoce la capacidad jurídica ante la ley en condiciones de igualdad (niños, personas incapaces y con capacidad restringida), y construye la capacidad en los artículos 22 y 23 CCyC como capacidad de derecho –a toda persona humana– y capacidad de ejercicio –limitada por la ley o una sentencia judicial–; esto modifica las razones por las cuales el Estado prevé la participación del Asesor Tutelar.¹

1. Yurba, Gabriela, “La representación y asistencia de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. El rol del Ministerio Público”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 348.

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La exclusión del asesor tutelar porque el representado ha adquirido la mayoría de edad no se halla legalmente prevista, ni podría estarlo, toda vez que el hito que marca la aplicación de todo el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil en general según el *corpus iuris* de la infancia –y la necesaria intervención de este asesor como actor procesal fundamental en particular (artículo 40 y, concordantemente, 31 incisos 4 y 6, 78 incisos a y c, y 79, entre otros, RPPJ)– es la edad de la persona al momento del presunto acaecimiento del hecho imputado (artículos 1 y 7, RPPJ).

El constituyente local (artículos 124 y 125), y posterior legislador (leyes N° 114, 1903 y 2451), entendió que el colectivo conformado por las personas menores de 18 años merecían por su edad contar con un plus de protección para la efectividad de sus derechos.

A su turno, el legislador nacional en la Nueva Ley de Ministerio Público de la Defensa de la Nación recientemente sancionada, ha previsto que los Defensores Públicos de Menores e incapaces son:

... parte necesaria, en el ámbito penal, en todo expediente que se forme respecto de una persona menor de edad, autor o víctima de delito, conforme las leyes pertinentes para su protección integral. Deben intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus defendidos y estar presentes en cada ocasión en que estos fueren citados (art. 43 inc. f, Ley N° 27149, promulgada el 17/06/15).

La intervención del Ministerio Público Tutelar pretende efectivizar la exigencia constitucional de asesoramiento jurídico especializado y adecuado (artículo 40.2.b.iii y 40.3, CDN) y las medidas de protección adicional de derechos sustantivos y procesales de raigambre constitucional o legal (artículo 19, CADH; OC N° 17/2002, párrafo 60, CIDH).

No es posible soslayar que, tal como lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la opinión de los órganos internacionales de protección de los pactos constituye una guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514).

Es así que el Comité de los Derechos del Niño –órgano que tiene a su cargo el examen del cumplimiento de la CDN- ha afirmado que

... las normas de la justicia de menores, especiales tanto por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de

medidas especiales, deberán aplicarse [...] a todos los niños que, en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido 18 años de edad (Observación General N° 10).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –órgano de contralor de la operatividad de la CADH– ha exhortado

... a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias, incluyendo modificaciones legislativas, para garantizar que los niños, niñas y adolescentes que hayan sido acusados de cometer un delito sean sometidos a un sistema de justicia juvenil excepcional y especializado, de forma tal que ningún niño sea procesado penalmente bajo las reglas de la imputabilidad penal aplicables a los adultos (Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, párrafo 36).

De lo que se sigue que la decisión recurrida es susceptible de acarrear responsabilidad internacional.

Excluir un actor procesal previsto en la Ley N° 2451 o directamente no aplicar las normas de dicha ley, es negar la respuesta diferencial al sistema penal adulto.

Una de las normas infraconstitucionales que rigen en el caso es el artículo 40 del RPPJ. La norma en cuestión se encuentra ubicada en el título referido a los sujetos procesales del sistema de RPPJ y establece la obligación indelegable de participar en todos los procesos donde intervenga una persona menor de 18 años como imputado, víctima o testigo.

El verbo utilizado por el legislador es “deberá”, y en ningún momento establece que existe período de caducidad para esta obligación de participar ni que esté supeditada a que las personas por las cuales intervienen no cumplan los 18 años de edad durante el transcurso del proceso.

Como sostiene Yurba:

... la actuación del MP tiene vinculación con la efectividad y garantía del derecho del niño (y personas con capacidad restringida e incapaces) al debido proceso legal, al acceso a la justicia, a la asistencia letrada, de resolución en un plazo razonable y a la tutela judicial efectiva.²

Basta con la simple lectura de la letra del Decreto Ley N° 22278 para advertir que establece que sus lineamientos se siguen aplicando aun después de que el joven haya adquirido la mayoría de edad.

2. *Ibíd.*, p. 357.

Además, en todas las etapas del proceso, incluso en el cumplimiento de pena, la Ley N° 2451 establece la intervención del Asesor Tutelar. Esta circunstancia demuestra que quienes construyeron el texto legislativo debieron haberse representado que algunas de estas etapas podrían llevarse a cabo cuando ya tuviera 18 años, y no se estableció ninguna norma respecto a que cesaba su aplicación a partir de ese momento.

No aplicar la ley especial que corresponde y tratarlo como un adulto implica una violación al debido proceso, así como una denegación de justicia especializada.

Este apartamiento de un texto normativo especializado, llevando a cabo una interpretación aislada de la norma local específica, sin contextualizarla en el horizonte normativo constitucional y convencional en el que se inscribe es incompatible con el modelo de protección integral.

Esta interpretación restrictiva ha implicado la inoperatividad de los principios constitucionales que emanan de los artículos 16 y 75, incisos 22 y 23 de la CN; 5.5, 19 y 24 de la CADH; 3, 5, 37 y 40 de la CDN; y 10, 11 y 39 de la CCBA, así como el incumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente.

Se ha efectuado así una exégesis en perjuicio de quien resiste la imputación penal, procedimiento expresamente vedado por el principio *pro homine* (arts. 75, inc. 22, CN; 29.b, CADH; y 5.2, PIDCyP):

... criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.³

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. casos “Ricardo Canese”, sentencia de 31/8/04; “Herrera Ulloa”, sentencia del 2/7/04; y “Baena Ricardo y otros”, sentencia de 2/2/01) y la CIDH (Informe N° 86/09 del caso 12.553, “Peirano Basso”, 6/8/09).

3. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos y por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS/Editores Del Puerto, 1997, p. 163.

La CSJN ha sostenido que

... los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a priorizar una exégesis [...] en consonancia con el principio político criminal que caracteriza el derecho penal como la *última ratio* del ordenamiento jurídico y [...] a privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 331:858, considerando 6° y 329:2265; F. 259 XLVI).

Esto, sumado al artículo 26 RPPJ, prohíbe interpretaciones restrictivas de derechos.

DEL FALLO CITADO "ROMANO". LA REINTERPRETACIÓN DE LA FIGURA DEL ASESOR TUTELAR A LA LUZ DE LA NORMATIVA DE DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA. DE LA INCAPACIDAD CIVIL A LA CAPACIDAD JURÍDICO-PENAL DE UNA PERSONA MENOR DE EDAD. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

Dentro del modelo tutelar, la actuación del defensor de menores respondía a la ideología del Patronato, que basada en la estimación del niño como objeto de protección, partía de la incapacidad para todos los actos de la vida civil.⁴

Así, la intervención del Ministerio Público Tutelar no se relaciona con la incapacidad civil de la persona menor de edad y de ningún modo se asienta en un sentido paternalista o tutelarista que considere al niño como "menor objeto de protección". Por el contrario, la intervención del MPT está motivada en la específica capacidad jurídica penal de la persona que cuenta con menos de 18 años de edad al momento del hecho que se le enrostra (arts. 1 y 40, RPPJ).

A la luz de la adecuación de la actuación específica del asesor tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas, obsérvese que la función encomendada al asesor tutelar por el legislador local (artículos

4. Mizrahi, Luis Mauricio, "La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061 de Protección Integral de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", en García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 82.

155, CPP; 40, RPPJ; 46 y ss., Ley N° 1903) consiste básicamente en velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que asisten a las personas imputadas de haber cometido un delito cuando no contaban aún con 18 años. Así, ha dejado atrás el perfil que dicho funcionario ostentaba durante la vigencia del paradigma de la situación irregular, y es actualmente el actor procesal más especializado que interviene en este proceso penal seguido contra una persona acusada de haber cometido un delito antes de los 18 años de edad, en cumplimiento del mandato emanado del artículo 40.3 de la CDN; ello sin perjuicio de la actuación en autos de un juzgado y una defensoría en particular, a cuyos titulares, con posterioridad a su designación como tales, se los ha destinado a intervenir en las investigaciones en las que resultan imputadas personas menores de edad (v. Res. CM 93/14 y Res. de Presidencia 689/14 y Res. DG 532/14).

Entiéndase bien: la legitimación de este MPT está dada por la especialidad de la respuesta estatal, no por la incapacidad o representación del sujeto; las responsabilidades funcionales están directamente fundadas en una tutela reforzada de sus derechos.

Se plantea como un hecho modificatorio de las reglas de juego que el imputado cumplió 18 años, utilizando el criterio de la capacidad del Código Civil, circunstancia que no aplica en el supuesto del sistema penal, ya que el Decreto Ley de fondo vigente N° 22278, el cual no ha sido modificado, tiene establecido que se es capaz para responder por la comisión de un hecho tipificado como delito desde los 16 años, y sólo se prevé limitaciones respecto de determinadas conductas sancionadas con penas no privativas de libertad o privativas de libertad menores de hasta 2 años. Esta respuesta diferencial del sistema penal se aplica en la franja de 16 a 18 años, ya que desde los 18 años se responde como una persona adulta desde la vigencia de la Ley N° 14394, del 22 de diciembre de 1954, antecedente del actualmente vigente Decreto Ley N° 22278.

Para las personas de 18 a 21 años, la única diferencia se encuentra en las leyes de ejecución penal, donde el Sistema Penitenciario prevé un alojamiento diferencial pero dentro del marco de la política penitenciaria prevista para mayores de edad.

En ningún momento la intervención del Ministerio Público Tutelar y/o Asesor de Menores en el marco del Sistema Penal, estuvo fundado

en la capacidad del sujeto por su minoría de edad, ya que si esta hubiera sido la circunstancia, aquel debiera haber actuado en representación de las personas acusadas de la comisión de un delito para la franja de 18 a 21 años, previa al dictado de la Ley N° 26579 del 30/12/09.

La intervención de este funcionario está fundada en la especificidad de la respuesta estatal para las personas menores de 18 años, en forma previa a la convención, como una modalidad del ejercicio del patronato del Estado en el marco de un proceso penal.

Con la incorporación de la CDN al marco normativo nacional y posteriormente constitucional, la función del Ministerio Público Tutelar ha devenido en el marco del plus de derechos que el Estado reconoce a los niños en el marco del proceso penal, en tanto un órgano diferencial que promueve el efectivo respeto de la protección integral de sus derechos.

No siendo su razón de ser la incapacidad, y tampoco su rol suplir una supuesta inexistencia de falta de capacidad, la obligación de su intervención se extiende a todo el proceso penal de responsabilidad penal juvenil, porque su intervención es una calidad propia de la especialización del proceso, y no de la incapacidad del sujeto; esta finaliza cuando se extingue la acción o la pena impuesta en el marco de dicho proceso.

A contrario sensu, si la intervención del Asesor Tutelar hubiera estado atada a la capacidad civil en el marco del proceso penal, las personas imputadas en la franja de 18 a 21 años aun cuando fueran tratadas como adultos a todos los efectos de la respuesta coactiva estatal, debieron contar durante ese lapso de tiempo con un representante del Ministerio Público, circunstancia que nunca sucedió, porque aquellas eran consideradas a todos los efectos personas capaces en igualdad de condiciones que un mayor de edad.

De hecho, a tal situación siempre se la denominó “mayoría de edad penal”, incluso cuando se modificó la mayoría de edad civil. Uno de los fundamentos para esta modificación fue el de unificar la edad ya que los 18 años eran reconocidos como una edad en la que se adquiriría la capacidad plena para otras circunstancias como ser: responsabilidad penal, ámbito laboral y convocatoria para el servicio militar obligatorio.

Por último, cabe destacar que, tal como lo sostiene la jueza Conde en su voto en precedente “Romano”, la ley de mayoría de edad se sancionó (Ley N° 26579, promulgada 21 de diciembre de 2009) con poste-

rioridad a la entrada en vigencia del RPPJ. Sin embargo, eso en nada modificó la intervención de este MPT en el marco de los procesos penales juveniles. Y ello es así porque si fuese en sentido contrario, cuando el legislador modificó la Ley N° 1903⁵ en 2014 podría haber puesto alguna condición para limitar la intervención de esta parte, circunstancia que no surge de la letra de la ley.

Lo mismo podrían haber hecho los miembros del Congreso al sancionar recientemente la Ley del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

Sin embargo, ninguna restricción surge de la letra de la ley, lo que permite inferir la coherencia en el sistema normativo aplicable al juzgamiento de las personas menores de edad al momento de la comisión del hecho endilgado.

En virtud de lo expuesto, no hay lugar a otra interpretación más allá de la necesaria intervención del MPT a lo largo de todo el trámite del proceso penal juvenil. Decir lo contrario implicaría irrogarse facultades legislativas vedadas al sistema republicano de gobierno.

Lo que no podemos olvidar que el hito que marca la *aplicación de todo el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil* en general según el *corpus iuris* de la infancia –y la necesaria intervención del Juez Penal Juvenil para decir sobre cualquier medida que restrinja un derecho fundamental (art. 31 inc. 2 RPPJ)– es la *edad de la persona al momento del presunto acaecimiento del hecho imputado* (arts. 1 y 7, RPPJ).

5. Texto de la presente ley conforme art. 1 de la Ley N° 4891, BOCBA N° 4329 del 30/01/2014.

IMPLEMENTACIÓN PROGRAMA PILOTO DE MEDIACIÓN CON JÓVENES INFRACTORES DE LA LEY PENAL EN LA REPÚBLICA DE CHILE*

Por Andrea Collel Ortúzar** e Iván Navarro Papic***

ANTECEDENTES

En el marco actual del proceso de reforma del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente nacional, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha decidido emprender una iniciativa que busca explorar condiciones que favorecerían la aplicación de prácticas restaurativas –mediación penal–, como forma de resolución de los conflictos alternativos a la Justicia tradicional.

Lo anterior se ve motivado por la necesidad de mejorar las condiciones de implementación del actual sistema de responsabilidad penal adolescente (RPA), en relación con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño¹ (en adelante “Convención”) y demás instrumentos internacionales sobre Justicia juvenil, los cuales promueven el logro de una efectiva responsabilización de los ofensores y una ade-

* Abogados de la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile e integrantes del equipo coordinador del programa piloto de mediación penal juvenil.

** Abogada de la Universidad Diego Portales con Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la misma casa de estudio y Magíster en Criminología y Ejecución Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Se desempeñó como Defensora Penal Juvenil durante 2009 y 2013. Actualmente, es asesora de la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile, donde integra el equipo coordinador del proyecto de mediación penal juvenil.

*** Abogado de la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. Cuenta con estudios de especialización en Políticas Públicas y Gestión Colaborativa de Conflictos. Ha trabajado en el desarrollo de sistemas de resolución alternativa de conflictos en el ámbito comunitario, familiar y penal. Es docente universitario y ha realizado investigación sobre Justicia Restaurativa.

1. Ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990.

cuada especialización de la institucionalidad respectiva. En este sentido, se ha estimado que la incorporación de prácticas restaurativas permitiría favorecer el cumplimiento de lo señalado, dadas sus especiales características que se describen más adelante. Adicionalmente, la propia Asamblea General de las Naciones Unidas ha establecido la promoción de “estrategias y políticas nacionales orientadas al desarrollo de la Justicia Restaurativa y a la promoción de una cultura favorable a la utilización de criterios de justicia restaurativa entre las autoridades policiales, judiciales y sociales, así como las comunidades locales”.²

En el ámbito metodológico, el proyecto desarrolla una opción por una práctica restaurativa en particular –la mediación víctima ofensor o mediación penal–, estableciendo como marco teórico los postulados de la Justicia restaurativa e integrando ciertos estándares internacionales de justicia juvenil, para la elaboración del modelo de intervención diseñado al efecto. De esta manera, el proyecto piloto busca levantar resultados a partir de la implementación del modelo de mediación penal juvenil en el contexto judicial juvenil chileno, para probar que la metodología es la adecuada, o de lo contrario, introducir las mejoras necesarias para satisfacer de manera óptima el cumplimiento de los objetivos y propósitos definidos, esto es, favorecer mejores condiciones para hacer efectiva la reparación de las víctimas y la responsabilización y resocialización de los jóvenes infractores.

DESCRIPCIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE N° 20084 Y SU EVALUACIÓN A 10 AÑOS DE SU IMPLEMENTACIÓN

La Ley N° 20084 (en adelante LRPA) –vigente desde el 8 de junio de 2007– introdujo en Chile un modelo de responsabilidad penal especial para los y las adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años, cuyo objetivo primordial fue dar una respuesta a la crisis del Sistema de

2. Resolución N° 2002/12 ECOSOC (ONU), establece principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal. Principio IV.1, sobre Desarrollo continuo de los programas de Justicia Restaurativa.

Justicia de Menores que rigió gran parte del siglo XX,³ adecuando la legislación a los requerimientos contenidos en la Convención, dejando atrás el sistema de imputabilidad basado en la declaración judicial sobre el discernimiento.

Considerando el contexto de crisis en que se diseñó el Sistema de Responsabilidad Juvenil, el nuevo modelo debía cumplir con al menos dos objetivos: la protección de los intereses individuales y sociales a través de la prevención; y la limitación de la intervención penal por medio de las garantías derivadas de los derechos humanos reconocidos a los jóvenes.⁴ De esta forma, se debía partir de la base de que los y las adolescentes procesados y condenados por un hecho de cierta relevancia penal serían sometidos a la intervención punitiva del Estado y por ello debían gozar de las garantías propias del Derecho Penal –principio de legalidad, necesidad e intervención mínima y culpabilidad– más aquellas garantías propias a su edad –respuestas diferenciadas de la de los adultos, menos aflictivas, garantías especiales durante la ejecución de las sanciones y el establecimiento de una edad legal de imputabilidad–.⁵

En los casi 10 años de vigencia de la LRPA, las diversas evaluaciones que se han realizado desde la academia y los actores del sistema coinciden en que existen falencias tanto a nivel normativo como de implementación, y estas últimas son las que mayores problemas han generado en la construcción de un modelo de intervención con los y las jóvenes infractores. Las principales deficiencias radican en la especialización de los intervinientes y, por lo mismo, en la aplicación armónica de los principios que rigen en materia de infancia.

En 2011, Berríos realizó una revisión del Sistema de Responsabilidad Juvenil contrastando los escasos datos disponibles del sistema con los objetivos declarados de la justicia juvenil. Sus resultados mostraron un panorama más bien negativo en gran parte de los puntos evaluados. En lo que respecta a la desjudicialización de los casos y la

3. En América Latina se dictaron leyes de menores entre 1919 (Argentina) y 1939 (Venezuela). En Chile, la doctrina de la “situación irregular” se materializa en la Ley N° 4447 de 1928.

4. Couso, J., “La política criminal para adolescentes y la ley 20084”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, UNICEF, 2009, p. 218.

5. *Ibidem*, pp. 219-220.

aplicación de salidas alternativas, las estadísticas del Ministerio Público (en adelante MP) dejan en evidencia que, salvo por el principio de oportunidad, los porcentajes de uso de estas formas de términos se asemejan dramáticamente a las del sistema de adultos.⁶ Asimismo, se constata un aumento progresivo de las condenas por sobre las salidas alternativas desde el año 2007.^{7/8}

En la misma línea, un informe más reciente encargado por la Cámara de Diputados (octubre de 2015)⁹ detectó, entre otros problemas, deficiencias del diseño de las sanciones y su aplicación práctica. De sus conclusiones, vale la pena destacar la positiva impresión de que se contemple la sanción de reparación del daño dentro del catálogo de sanciones de la LRPA por los diversos actores del sistema, a pesar de que su aplicación es mínima al carecer de un diseño práctico que la haga viable. Lo mismo ocurre con las salidas alternativas, que son percibidas por la comunidad como medidas subutilizadas, afirmado que “aun cuando se presenta como una buena instancia para generar intervenciones con adolescentes que presenten trayectorias delictivas transitorias”.¹⁰

6. Berríos, G., “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”, *Política criminal*, vol. 6, N° 11 (Junio 2011), artículo 6, p. 177. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf

7. *Ibidem*, pp. 177- 178.

8. Desde 2007 hasta 2010 las salidas alternativas mostraban un descenso del 10% como forma de término judicial, mientras que las condenas aumentaban en el mismo porcentaje. Así, Berríos sostiene que “las salidas alternativas representaban durante el primer año de la ley un 43% de las formas de término de las causas, al tercer año sólo alcanzan a un 33,1%. En un sentido contrario, las condenas han evolucionado desde un 34,8% el primer año a un 44% el tercero”. Según los datos del MP, desde el año 2011 a la fecha estas cifras han mostrado una evolución bastante irregular, pasando por un incremento sustancial del uso de las salidas alternativas –incluso por sobre las condenas– (2011-2013) a una cifra actual que no alcanza siquiera el 20%.

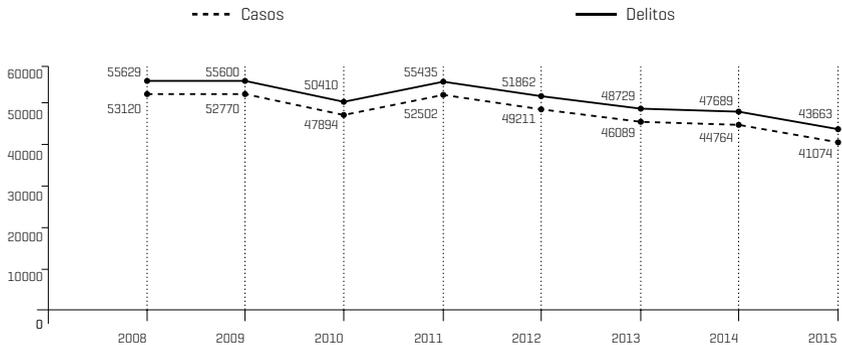
9. Disponible en: http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20150406/asocfile/20150406123747/informe_ley_20_084_conportada_docx.pdf

10. Cámara de Diputados. “Informe Ejecutivo”. Evaluación de la Ley N° 20084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, p. 24.

CIFRAS ACTUALES

El MP es la institución que con mayor periodicidad levanta datos a través del Boletín Estadístico Anual.¹¹ A partir de esta fuente se pueden determinar los ingresos al sistema, la naturaleza de los delitos cometidos y las formas de términos de las causas, tal como se puede apreciar en las Tablas 1, 2 y 3. A través de ellos se puede describir a grandes rasgos la delincuencia juvenil en Chile, permitiéndonos afirmar que su perfil no se aleja de las tendencias comparadas respecto de este tipo de criminalidad,¹² esto es, una delincuencia que representa un porcentaje menor dentro del total del sistema (3,28% de los delitos ingresados durante 2015, Tabla 1) y de carácter predominantemente instrumental, pues se centra en delitos contra la propiedad y en faltas menores. Hechos de mayor gravedad como homicidios, agresiones sexuales y robos violentos corresponden al 0,33%, 2,08% y 8,03% respectivamente (Tabla 2), un porcentaje reducido y respecto del cual debiese estar centrada la intervención del Sistema Penal propiamente dicha, favoreciendo las respuestas alternativas para el resto de los casos.

► Gráfico 1. Ingresos RPA Ministerio Público 2008 - 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Boletín Estadístico Anual 2008 a 2015 del Ministerio Público.

11. Las estadísticas del MP pueden ser consultadas en: <http://www.fiscalia.dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>

12. Redondo, S. y Garrido, V., *Principios de la criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4ª edición, 2013, p. 935 y ss.

Un fenómeno que aún no ha sido desarrollado es el descenso sostenido de ingresos de casos RPA al MP que ya había constatado Berríos en 2011.¹³ Si bien ese mismo año se registra un alza relevante (Gráfico 1), lo cierto es que esto se asocia a las masivas detenciones que ocurrieron durante ese período por las marchas estudiantiles y vale la pena destacar que en siete años de evaluación los ingresos registraron una baja de aproximadamente el 20%.

► Tabla 1. Ingresos RPA MP 2015

Ingresos MP	Total sistema	Sistema RPA	% RPA
Casos	1.288.526	41.074	3,19%
Delitos	1.332.238	43.663	3,28%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Boletín Estadístico Anual 2015 del Ministerio Público, pp. 6, 7 v 52.

► Tabla 2. Categorías de Delitos RPA

Categorías de delitos	Número	Porcentaje
Cuasidelitos	115	0,26%
Fe pública	363	0,83%
Libertad e intimidad	4.109	9,41%
Propiedad intelectual e industrial	120	0,27%
Justicia militar	14	0,03%
Leyes especiales	797	1,83%
Tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad	1	0,00%
Económicos y tributarios	209	0,48%
Funcionarios	12	0,03%

13. Berríos, G., *op. cit.*

Ley de drogas	1.244	2,85%
Ley de tránsito	328	0,75%
Sexuales	909	2,08%
Faltas	7.282	16,68%
Hechos de relevancia criminal	721	1,65%
Homicidios	143	0,33%
Hurtos	7.176	16,43%
Lesiones	6.280	14,38%
Otros delitos	2.145	4,92%
Propiedad	4.553	10,43%
Robos	3.506	8,03%
Robos no violentos	3.636	8,33%
Total	43.663	100,00%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Boletín Estadístico Anual 2015 del Ministerio Público, p. 53.

► Tabla 3. Tipos de términos

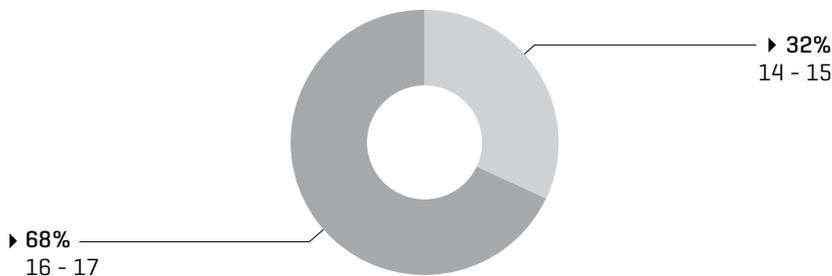
Tipos de términos	Número	Porcentaje
Sentencia definitiva condenatoria	22.573	34,98%
Sentencia definitiva absolutoria	1.084	1,68%
Sobreseimiento definitivo	3.221	4,99%
Sobreseimiento temporal	424	0,66%
Suspensión condicional del procedimiento	9.096	14,10%
Sobreseimiento definitivo 240	5.937	9,20%
Acuerdo reparatorio	2.141	3,32%
Facultad para no investigar	3.590	5,56%
Subtotal salida judicial	48.066	74,49%

Archivo provisional	6.714	10,40%
Decisión de no perseverar	2.758	4,27%
Principio de oportunidad	5.970	9,25%
Incompetencia	1.020	1,59%
Subtotal salida no judicial	16.462	25,51%
Total	64.528	100,00%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Boletín Estadístico Anual 2015 del Ministerio Público, p. 54.

Tal como se constató, las salidas alternativas –suspensión condicional y acuerdo reparatorio– no lograron el protagonismo deseado en un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, que debería contar con una política amplia de diversificación de las causas penales.¹⁴ Así, las prácticas restaurativas tuvieron un desarrollo aún más acotado, limitándose en gran medida a programas experimentales respecto de casos derivados en etapa prejudicial y principalmente respecto de delitos de bagatela.¹⁵

► Gráfico 2. Distribución etaria ingresos RPA MP 2015



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Boletín Estadístico Anual 2015 del Ministerio Público, pp. 55.

14. Duce, M., “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno”, *Política criminal*, Vol. 5, N° 10 (diciembre 2010), art. 1, p. 328. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf

15. Para un desarrollo más acabado sobre el tema, ver: Díaz, A., “La experiencia de la mediación penal en Chile”, *Política criminal*, Vol. 5, N° 9 (julio 2010), art. 1, pp. 1-67. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf

► Tabla 4. Distribución por medida, sanciones y sexo

Medida/Sanción	Femenino	Masculino	Total
CIP - Centro de internación provisoria	34	582	616
CRC - Centro de internación en régimen cerrado	14	453	467
CRS - Centro semicerrado	29	589	618
MCA - Medida cautelar ambulatoria	251	2.016	2.267
PLA - Programa de libertad asistida	238	1.848	2.086
PLE - Programa de libertad asistida especial	307	3.633	3.940
PSA - Programa de salidas alternativas	218	1.232	1.450
SBC - Servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño	427	2.130	2.557
Total	1.518	12.483	14.001

Fuente: Boletín Estadístico, 3° semestre 2014 de SENAME, pp. 73.

► Tabla 5. Reincidencia general por sexo, 12 y 24 meses

	2009		2010		2011		2012		2013
	12	24	12	24	12	24	12	24	12
Hombres	41,53%	55,98%	37,48%	51,88%	36,47%	51,34%	39,65%	54,90%	39,60%
Mujeres	33,63%	43,72%	30,22%	41,28%	26,53%	36,56%	32,77%	43,59%	30,61%

Fuente: Estudio de reincidencia jóvenes infractores de Ley N° 2015, Unidad de SENAME, p. 39.

Finalmente, la distribución por edad de los ingresos al MP, los tipos de sanciones impuestas y los niveles de reincidencia general son también datos necesarios para la categorización de la población que es atendida por el sistema RPA y, por ello, relevante a la hora de elaborar propuestas de intervención específicas y diferenciadas, como puede ser la incorporación de prácticas restaurativas

JUSTIFICACIÓN DE PROYECTO PILOTO DE MEDIACIÓN

Dentro del sistema que estableció la Ley N° 20084, se incorporaron diversos elementos asociados a la reparación como alternativa al proceso y la sanción. Tal es el caso, por ejemplo, del principio de oportunidad, las salidas alternativas y las sanciones de reparación del daño o servicios en beneficio de la comunidad. De esta manera, la promoción y refuerzo de los denominados enfoques socioeducativo (responsabilización), despenalizador (alternativa a la privación de libertad), victimológico (reparación moral y material) y restaurador (reparar relaciones dañadas y resocialización del infractor)¹⁶ resultan consistentes con la elaboración de propuestas para mejorar la eficiencia y eficacia del sistema penal de adolescentes.

Como ya se señaló anteriormente, la evaluación del estado actual del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil no ha sido del todo feliz, de manera tal que una propuesta restaurativa concreta y acotada a una metodología en particular, en este caso la mediación penal juvenil, surge como una buena alternativa para favorecer los fines y objetivos originalmente planteados. Y lo señalado es tal, en primer lugar, porque la mediación es una práctica restaurativa que tiene la virtud o potencial de integrar y desarrollar los cuatro enfoques descritos, dadas sus especiales características; en segundo lugar, porque se trata de una metodología que ya ha sido testeada en Chile, con resultados positivos –aunque todavía incipientes– y, más importante aún, ha demostrado ser factible de implementar incluso con la legislación e institucionalidad actualmente vigente, ya que existen algunas instituciones que han ejecutado mediaciones penales previamente; y, en tercer lugar, porque esta opción está respaldada por fundamentos normativos existentes, como se expone a continuación.

A nivel nacional, se han identificado diversas instituciones del Sistema Procesal Penal que resultan armónicas en pos de favorecer este tipo de mecanismos de gestión de conflictos. En etapa prejudicial, por ejemplo, se encuentra fundamentalmente el principio de oportunidad; en fase judicial, las denominadas salidas alternativas al procedimiento, además del mismo principio de oportunidad bajo ciertas hipótesis

16. Couso, J., *op. cit.*, pp. 226-227.

más acotadas; y en etapa de sentencia, las sanciones de servicios en beneficio de la comunidad y de reparación del daño causado.

A nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40.3.b establece que

Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes y, en particular: (...) b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Adicionalmente, la Convención (arts. 37 y 40) señala ciertas garantías de los adolescentes relativas a su situación jurídico social y su calidad de persona en desarrollo: derecho a una respuesta cualitativamente diferente de los adultos; derecho a especiales garantías durante la ejecución de sanciones; responsabilidad progresiva del adolescente; y aplicación del principio de oportunidad y remisión del procedimiento como regla general; entre otros.

Ahora bien, ante la posibilidad de activar el sistema penal juvenil por la comisión de una infracción, se han identificado ciertos elementos que potencian condiciones desfavorables para la resocialización de los jóvenes, haciendo más urgente la opción por la desjudicialización temprana de los casos.¹⁷ Estos elementos son: el sistema judicial establece soluciones estandarizadas para situaciones estandarizadas y tipificadas, propias del sistema normativo penal; la recuperación de un infractor pasa más por un tratamiento individualizado y el análisis de información de contenido biográfico, que por la prueba de hechos relevantes a las normas penales; y, que todas las medidas o tratamientos que finalmente agrupan infractores producen –en el proceso de formación del adolescente– un fenómeno de etiquetamiento que generalmente inclina al joven a nuevas infracciones.

Sobre la base de los antecedentes presentados, en ningún caso los únicos, de todas formas resulta suficientemente justificada la ela-

17. Highton E. y otros, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 60.

boración de esta propuesta en el contexto nacional. Desarrollar un proyecto de estas características probablemente no resolverá las dificultades identificadas en el funcionamiento del Sistema Penal Juvenil actual, sin embargo, puede resultar ser un excelente complemento de otras medidas más transversales y sistémicas que permitan avanzar a un nuevo estado de desarrollo de la manera en que los jóvenes responden por las infracciones penales que cometen y de qué manera la sociedad chilena les provee un sistema más coherente con sus necesidades y estado de desarrollo.

INSTITUCIONALIDAD

Este proyecto involucra a distintas instituciones relacionadas con el Sistema Judicial Juvenil. A partir de una invitación realizada por la Unidad de Coordinación y Estudio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se conformó una mesa de trabajo junto a las Unidades de RPA de la Fiscalía Nacional y la Defensoría Penal Pública. Durante seis meses trabajó un equipo de representantes de las tres instituciones, lo que dio como resultado un Convenio de Derivación que establece las condiciones básicas para la remisión de casos desde el Sistema Penal formal a un centro de mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Por parte del Ministerio Público, participan la Unidad de RPA y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional, y la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte. Por parte de la Defensoría Penal Pública, participan la Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas y la Defensoría Regional Norte incluido su equipo de Defensores Penales Juveniles.

Las coordinaciones realizadas han establecido que en cada unidad regional exista un representante que revisará las derivaciones y estará disponible para recibir información del resultado de estas. Adicionalmente, se han establecido reuniones de seguimiento bimensuales, a efectos de ir evaluando el desarrollo del proyecto.

MODELO

Gestión de conflictos

Complementariamente a lo señalado, el modelo del proyecto en general tiene un énfasis especial por desarrollar procesos de mediación, que se orienten a gestionar los conflictos que subyacen a los hechos denunciados, en contexto de la aplicación de la Ley N° 20084, y que para el sistema penal representan contravenciones típicas. De esta manera, desde una perspectiva restaurativa, por medio de ciertas estrategias y metodologías propias de la mediación, se invitará a las personas involucradas a identificar las distintas dimensiones del conflicto que ha ocasionado un daño, el grado de participación y responsabilidad de cada uno, para que en definitiva puedan explorar y proponer condiciones o medidas para su reparación. El modelo no trabaja o cuestiona categorías propias del sistema penal formal, como por ejemplo el tipo penal, ya que son condiciones previamente designadas por la legislación vigente.

Objetivos del estudio práctico

Objetivo general

Promover la resolución de conflictos de relevancia penal a través de prácticas restaurativas con el objeto de aumentar los niveles de reparación de las víctimas respecto al daño sufrido y los niveles responsabilización del infractor por el daño ocasionado.

Objetivos específicos

1. Generar condiciones para la responsabilización del ofensor respecto del acto que valida la derivación a una instancia de justicia restaurativa.
2. Proveer una oportunidad para que las víctimas a través de una interacción guiada reciban una reparación y/o disculpa, por parte del infractor.

3. Lograr el desarrollo de un proceso de mediación penal que resulte beneficioso para determinados casos y perfiles de personas, siguiendo estándares y experiencias exitosas, especialmente cuando se trata de jóvenes, en similares contextos internacionales.

Marco teórico: mediación penal

Dentro de las prácticas restaurativas existentes a nivel comparado, para la elaboración de esta propuesta se ha elegido la mediación penal atendidas sus especiales características, dentro de las cuales se privilegia el protagonismo de las partes tanto en el desarrollo del proceso comunicacional (sesiones de mediación) como en la definición del tipo de reparación que se otorgará en favor de la víctima. Además, como se mencionó, existen diversas experiencias nacionales que han implementado proyectos piloto de mediación penal.

Por otra parte, cabe señalar que en nuestro país la mediación se ha desarrollado en otros ámbitos y existen actualmente regulaciones legales en salud, familia, consumo y educación, entre otros. Ahora bien, en particular, la mediación penal igualmente ya ha sido testeada al alero del propio Sistema Procesal Penal chileno, por medio de proyectos piloto implementados desde 2001 a la fecha, en distintas regiones del país.¹⁸ Estas iniciativas representan un antecedente relevante a efectos de vislumbrar facilitadores y obstaculizadores para implementar el proyecto, así como también ofrecen un aprendizaje previo que favorece la certidumbre respecto de las expectativas sobre su desempeño por parte de los actores involucrados.

MODELO DE MEDIACIÓN

Este proyecto se identifica con los postulados de los modelos humanista y transformativo de mediación, que priorizan la paz antes que el conflicto en las relaciones humanas, sobre la base de las capacidades cognitivas, emocionales y relacionales de los seres humanos.

18. Díaz, A., "La experiencia de la mediación penal en Chile", *op. cit.*

El primero pone énfasis en la interrelación de los seres humanos y la posibilidad de colaboración para mejorar las relaciones por medio del diálogo pacífico sobre la base de emociones y sentimientos. El segundo considera el conflicto como una posibilidad de transformar tanto las perspectivas personales sobre los conflictos como las propias relaciones ahí donde estaban dañadas –“conflicto productivo”–. Este modelo es capaz de reformular los vínculos a través del empoderamiento de las partes. De esta manera, la intervención enfatiza el proceso por sobre el resultado, ya que durante el desarrollo de las sesiones individuales y conjuntas está orientada a lograr la revalorización del propio individuo y el reconocimiento del “otro”, reformulando las relaciones sobre la base de sus prioridades y posibilidades reales.¹⁹ De esta manera, el eventual acuerdo de reparación será el resultado de un proceso de reconocimiento mutuo, en el cual la interpretación común de lo ocurrido permita ajustar las expectativas y recursos a la situación concreta del ofensor.

¿QUÉ CASOS SON MEDIABLES?

En el Convenio de Derivación entre el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se han definido criterios objetivos para seleccionar casos que se pueden remitir a mediación. Básicamente, se trata de oportunidad procesal, naturaleza de las infracciones penales, perfil del ofensor, víctima identificable y jurisdicción donde se radica el conocimiento del caso en sede penal. Asimismo, se han elaborado “orientaciones”²⁰ para facilitar la selección de casos derivables y complementar la limitada información que entregan los criterios objetivos, incluyendo aspectos relacionales y de contexto que permiten vislumbrar mejores condiciones para trabajar en la mesa de mediación.

19. Folger, J., “La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputa”, *Revista de mediación*, Año 1, N° 2, 2008, p. 9.

20. Ejemplo de estas orientaciones son la disposición de las partes para participar en un proceso de diálogo participativo; existencia de un vínculo previo entre las partes (familia, escuela, laboral, vecinos, etc.); existencia de denuncias cruzadas; proximidad temporal del hecho con la derivación; existencia de un daño reparable; existencia de factores protectores; ausencia de factores de riesgo; identificación de un adulto responsable.

En este sentido, resulta fundamental dejar claramente establecido que los “procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay suficientes pruebas para acusar al delincuente y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente”.²¹ Esto dice en relación con la verosimilitud de los antecedentes incluidos en la derivación, en los que debe constar la participación del ofensor en los hechos denunciados y la de la víctima como individuo dañado por dichas acciones.

De esta manera, la determinación de si un caso es susceptible de mediación o no, depende del resultado que arroje una evaluación más profunda y casuística que solamente objetiva, de niveles diversos aunque complementarios. Desde que se selecciona un caso hasta que se completa la etapa de entrevistas individuales (premediación), hay varios filtros objetivos y subjetivos que tienen una doble finalidad: resguardar el respeto de garantías de debido proceso y verificar que ambas partes decidan participar de manera libre e informada en la mediación.

PERSPECTIVA DE LOS PARTICIPANTES EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN

La mediación penal que se desarrollará estará dirigida a realizar procesos con la participación de ofensores y víctimas, respecto de casos regidos por la Ley N° 20084, que sean derivados desde el Sistema Procesal Penal.

OFENSORES

Respecto de los jóvenes ofensores, la justicia restaurativa representa una alternativa concreta para canalizar procesos socioeducativos de responsabilización y desarrollo moral, coherentes con los fines de la Convención y la Ley N° 20084. La mediación restaurativa ofrece un espacio complementario al procedimiento penal ordinario, de carácter personalizado y técnico, donde los jóvenes que accedan deberán demostrar dis-

21. Resolución N° 2002/12 ECOSOC (ONU). Regla II.2, sobre El uso de programas de Justicia Restaurativa.

posición para una asunción de responsabilidad por los hechos dañinos y ser capaces de tener un encuentro con la víctima. Luego, se generará un clima adecuado para pedir disculpas e indagar medidas de reparación, de acuerdo con sus posibilidades.

El proceso de diálogo (mediación) con la persona afectada por la propia conducta dañina permite conocer directamente la perspectiva de la víctima, posibilitando la comprensión de las consecuencias negativas de sus actos y la rectificación de la conducta. La experiencia vital de discutir sobre la base de intereses, necesidades, valores y principios, confronta al joven con otra persona con su propia perspectiva de la vida, produciendo en consecuencia un conflicto sociocognitivo que tiene la virtud de abrir nuevas posibilidades. Este fenómeno contribuye, en definitiva, a favorecer el desarrollo moral de los adolescentes ya que pueden llegar a conocer e integrar modelos y estructuras valóricas distintas de las suyas. Durante este proceso, el mediador evaluará si el adolescente ha sido capaz de comprender que afectó normas sociales básicas, alteró la convivencia estable de la comunidad y, finalmente, perjudicó en forma directa a otras personas, ofreciendo medidas concretas de reparación.²²

VÍCTIMAS

En el caso de las víctimas, la participación en mediación contribuye a generar mejores condiciones para apoyar procesos de sanación y superar eventos traumáticos. Además, el proceso de diálogo con el ofensor permite eventualmente lograr la reparación del daño en dos dimensiones.

La primera consiste en la victimización primaria o derivada directamente del hecho delictual. En este sentido, el proceso restaurativo con el ofensor permite obtener información de primera fuente sobre el contexto en que ocurrió el delito, que por las características propias del sistema formal actual, difícilmente podría conseguir.²³

22. Álvarez, F. y otra, "Mediación y justicia de menores: un enfoque psicoeducativo", *Revista de servicios sociales*, N° 34, País Vasco, España, 1998.

23. Específicamente, podrá hacer preguntas como: "¿por qué me eligió como víctima? ¿por qué yo? ¿por qué me hizo esto a mí? ¿cómo entró a mi casa? ¿me estuvo vigilando? ¿cuánto tiempo? ¿cómo?; ¿hice yo algo que originara mi elección como víctima? ¿hay

Además, posibilita retomar el control sobre la situación, logrando más tranquilidad y paz; recibir disculpas personales del propio ofensor; solicitar medidas de reparación acordes con sus expectativas; y la posibilidad de arribar a un resultado que perciba como justo.

La segunda consiste en la victimización secundaria o derivada del trato impersonal que le ha dado el Sistema Procesal formal y la institucionalidad en general, una vez que se ha realizado la denuncia. De esta manera, la justicia transicional emerge como una posibilidad concreta para que la mediación sea un medio que permita alcanzar mayor bienestar. El modelo contempla un trato personalizado para ambas partes, con diversas evaluaciones de mediabilidad realizadas a partir de reuniones individuales que pueden extenderse por el tiempo que sea necesario, a efectos de asegurar información completa, certidumbre sobre lo que pueden esperar del proceso, control de riesgos, evaluación de escenarios judiciales diversos y, en definitiva, una participación voluntaria que valide el proceso y las bases de acuerdo que eventualmente se alcancen.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES QUE ORIENTAN EL MODELO

En relación con las orientaciones generales sobre prácticas restaurativas, el modelo observa las recomendaciones técnicas establecidas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). De esta manera, tanto la Resolución N° 2002/12 del ECOSOC como el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa (ONU; 2006), son estándares que han sido considerados durante el diseño de la metodología de trabajo.

Adicionalmente, el marco normativo que orienta la elaboración e implementación de este trabajo está compuesto básicamente por la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, la Observación General N° 10 (2007) del Comité de Derechos del Niño (ONU), la Constitución Política de la República de Chile y el ordenamiento legal y reglamentario nacional vigente.

algo que podría haber hecho para evitar el ataque contra mi persona? (...) ¿hará su aparición nuevamente?”, Highton, E. y otros, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 211.

NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA PENAL: UNA PERSPECTIVA RESTAURATIVA

Por Diana Perulero García*

INTRODUCCIÓN

He aquí unas breves notas que modestamente pretenden sintetizar mi intervención en las Segundas Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil: Buenas Prácticas para una Justicia especializada, celebradas los días 14 y 15 de noviembre de 2016 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Me gustaría advertir desde el principio al generoso lector del sencillo carácter de mi aporte, pues el objetivo de esta tímida contribución es tan sólo transmitir unas breves reflexiones personales que, en modo alguno, pueden asimilarse a lo mucho y bueno que ya se ha escrito sobre justicia restaurativa.

El objetivo de mi intervención se enmarca en una primera visión global de la justicia restaurativa y ese nuevo paradigma que tanto puede aportar al sistema de justicia penal, para luego intentar aproximar la práctica y su regulación al entorno europeo y, concretamente, a España. Por un lado, me parece pretencioso por mi parte trasladar exclusivamente la experiencia española y, por otro lado, me ha parecido interesante también compartir nuestros errores y aciertos en un foro de debate y construcción como el presente. Ante ello, no me he podido resistir a incluir algunos breves contenidos que pudieran aportar algunas ideas que, en países como España, se vienen manejando. Por último, me gustaría detenerme en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil por resultar pionero en atender a una perspectiva restaurativa, permitiendo explorar tales prácticas e, incluso, avanzar en las posibles líneas de futuro para el Sistema Penal de adultos.

* Abogada, Mediadora, Profesora de Derecho Procesal Penal y Resolución Alternativa de Conflictos de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

No podría comenzar mi exposición sino agradeciendo antes la bonita oportunidad que me ha brindado esta experiencia y lo mucho que me ha aportado poder compartir tan interesantes jornadas, tanto por el gran nivel de los participantes como por el grado de implicación de los asistentes y, además, en un momento precioso para el futuro de la Justicia Penal Juvenil en la Ciudad de Buenos Aires. He aprendido, compartido y, por último, observado que los retos a los que nos enfrentamos todos en la justicia penal y, en concreto, juvenil son ciertamente similares.

SUPERACIÓN DEL MODELO PENAL TRADICIONAL

Ya desde hace tiempo, numerosas voces han venido refiriendo una progresiva y excesiva judicialización de las relaciones sociales, generando una regulación penal realmente expansiva. Parece que la tendencia imperante propugna un aumento de la tipificación penal de conductas y también de las penas, potenciándose además la respuesta privativa de libertad frente a otras sanciones menos lesivas. Probablemente, un cierto populismo punitivo ejerce su influencia en un sistema político criminal que pretende dar respuesta a la criminalidad de forma notoria, no obstante, sin obtener realmente esa deseada satisfacción del ciudadano (al menos, en cuanto a su inicial pretensión).

Tal tendencia punitiva ha venido alentando una concepción de la justicia penal verdaderamente mitificada y, después, denostada: el ciudadano acude con grandes expectativas al Sistema Judicial y, en especial a sus jueces o magistrados, reclamando una satisfacción que en la mayoría de los casos no obtiene y, consecuentemente, generando un cierto sentimiento de injusticia no resuelto. Sin embargo, no debemos sobredimensionar la capacidad del sistema penal para solventar los conflictos personales, pues solo es el instrumento necesario para resolver los problemas jurídicos más graves pero se evidencia insuficiente para abordar las consecuencias negativas ocasionadas por el delito. La exclusiva respuesta penal no parece ser la panacea de una plena pacífica convivencia social y los requerimientos ciudadanos han de guiar el acceso a respuestas más satisfactorias, sin que por ello se resienta un buen sistema de justicia penal.

Así, habríamos de hablar del conflicto delictivo y no sólo del delito, pues su dimensión es mayor y más compleja. Actualmente, el modelo penal tradicional se ha visto desbordado e incapacitado para dar una respuesta satisfactoria ante el conflicto delictivo, generando además ciertos efectos negativos respecto de sus destinatarios. Por un lado, mucho se ha investigado ya sobre de la revictimización o victimización reiterada de la víctima del delito, erigiéndose cada vez más en objeto de protección y reparación, lo que el proceso penal no parece frecuentemente lograr. Por otro lado, las deficiencias en cuanto a la deseable reeducación y reinserción social del infractor son también patentes cuando nos encontramos habitualmente con el factor de la reincidencia, de manera que se posiciona también como víctima del sistema el propio autor, que ni colabora con este, ni entiende como justo su castigo. Por último, se aprecia una escasa pacificación social derivada: el sistema penal retributivo no parece haber generado un sentimiento de mayor seguridad subjetiva en el ciudadano, ni un aumento de confianza en la propia administración de justicia penal.

De ahí que el modelo retributivo se haya evidenciado insuficiente para proporcionar una respuesta adecuada a las necesidades de la víctima, el infractor y la comunidad; lo que resulta un dudoso factor para procurar una efectiva disminución de la criminalidad, por lo que los perseguidos fines penales de prevención general y especial no consiguen cumplirse en la medida de lo deseable.

OTRO MODELO: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Surge otro modo de abordar el conflicto delictivo de forma más integral y participativa, esto es, un modelo restaurativo. El postulado fundamental de la justicia restaurativa se focaliza en la mayor y mejor reparación del daño posible, de manera que tal reparación lo es en sentido amplio o, mejor, muy amplio. Esa restauración se procura para todos los afectados (directos e indirectos) por el conflicto delictivo, lo que supone su participación en el abordaje de este, al tiempo que tiende a solventar del mejor modo posible esa fractura ocasionada por el delito.

Me gusta la definición ofrecida por Marshall, por lo sencilla y al mismo tiempo descriptiva: “la justicia restaurativa es un proceso mediante el que las partes afectadas por una concreta infracción resuelven de forma colectiva cómo hacer frente a las consecuencias y sus implicaciones para el futuro”.¹ Nótese que el enfoque mira al futuro y tiende a la subsanación de la herida generada, en la medida de todo lo posible. En esa línea, muy interesante resulta la “teoría conceptual sobre justicia restaurativa” que proponen McCold y Wachtel, enmarcándose en una nueva manera de considerar la justicia penal que se “concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes”.²

El fundamento de las prácticas restaurativas es, sin duda, constructivo y su metodología ha de poder integrar los tres pilares básicos que las sustentan: el tratamiento del infractor, de la víctima y la propia comunidad. De ahí que sus objetivos sean múltiples y su técnica multidisciplinar, procurando –en síntesis– la responsabilización y resocialización del autor, y la reparación del daño (también psicológica) al perjudicado y a la sociedad, lo cual facilita la real solución del conflicto delictivo y despliega un consecuente efecto de pacificación social.

Por ello, si he de etiquetar las prácticas restaurativas (lo que no me entusiasma), podría entenderlas como “métodos de resolución adecuados de conflictos penales” y no tanto alternativos, pudiendo operar en el contexto del propio proceso penal de diversas maneras. Ello nos lleva a valorar la justicia restaurativa como un verdadero complemento del Sistema de Justicia Penal, que pretende también lograr los objetivos propios de este, no obstante, otorgando un protagonismo directo a los afectados y de un modo más colaborativo (en lugar de adversarial). En fin, podría desprenderse que de tan ambicioso planteamiento inevitablemente se produce una mejora de la propia justicia penal, que la dota de un *plus* de calidad y, particularmente, de eficiencia.

1. Marshall, Tony F., “The evolution of restorative justice in Britain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 4, N° 4, Londres, 1996, p. 37.

2. McCold, P. y Wachtel, T., “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa”, *International Institute for Restorative Practices*, Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, Brasil. Disponible en: http://www.iirp.org/pdf/paradigm_span.pdf

La mediación en asuntos penales es sólo una de varias prácticas restaurativas, no es siquiera la más restaurativa, no obstante, sí la más extendida. Probablemente por su aparente mayor facilidad de gestión e inserción en el proceso penal, pues resulta bastante congruente con este hacer partícipes a los implicados directos en el delito (que serán, principalmente, las partes procesales). Sin embargo, la experiencia nos muestra la utilidad de ampliar ese formato en no pocas ocasiones, por lo que la utilización de un modelo habría de adecuarse a las necesidades concretas del caso, partiendo de la premisa de que cuanto más participativo sea el formato, más restaurativo será su resultado. Por ello, frecuentemente en una mediación son atendidos otros agentes afectados o interesados, ampliando así el diálogo restaurativo como resulte más adecuado.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el *Manual sobre programas de justicia restaurativa*³ de las Naciones Unidas, en el que se desarrolla un variado elenco de respuestas participativas al delito basadas en metodología de la justicia restaurativa. Particularmente interesantes son los ejemplos gráficos de procesos restaurativos que recoge, ilustrando diferentes tipos de diálogos participativos y sus variadas posibilidades: desde la mediación víctima-ofensor, a las conferencias de grupos comunitarios y familiares, o las sentencias en círculo. Podemos deducir que la justicia restaurativa ofrece múltiples vías y todas ellas flexibles que, en suma, lo que nos posibilitan son diálogos constructivos gestionados por facilitadores, en los que intervienen personas afectadas por el conflicto delictivo.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA

Numerosos instrumentos internacionales venían ya guiando a los Estados hacia la implementación de las prácticas restaurativas en las causas penales; sin embargo, en España tales propuestas recibieron un impulso definitivo en virtud de la regulación dictada por la Unión Europea.⁴ Se produce además una evolución en la concepción de las

3. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Organización de las Naciones Unidas, 2006. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

4. Aunque ya existían múltiples inspiraciones de carácter internacional, especialmen-

propias prácticas restaurativas, cuya dimensión inicial se restringía fundamentalmente a la fórmula de mediación entre víctima y ofensor, evolucionando hacia otros formatos más amplios y participativos. De este modo, se potencia la obligatoriedad de su regulación progresivamente, al tiempo que se expande la metodología de tipo restaurativo, con un destacado enfoque hacia la protección de la víctima del delito.

Así, la Decisión marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, instaba a los Estados miembro a introducir la mediación en los procesos penales y se refería como tal a “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”.

Ante la falta de regulación en el plazo previsto por numerosos países, se presenta la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de mayo de 2011, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Aquí se amplía expresamente la previsión sobre mediación también a otras prácticas reparadoras, como las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, entendiéndose por servicios de justicia reparadora aquellos “que tienen por objeto poner en contacto a la víctima y a la persona inculpada con el fin de alcanzar un acuerdo voluntario entre ellos sobre la forma en que se puede reparar el perjuicio ocasionado por la infracción”.

Finalmente, se adopta la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En la misma línea ya avanzada, considera que los servicios de Justicia reparadora no han de limitarse a la mediación entre víctima e infractor, sino que incluyen otras prácticas restaurativas, entre las que ejemplifica las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, al definir la justicia reparadora como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento

te las emanadas de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, en España (al igual que en otros países del entorno) la normativa dictada por la Unión Europea tiene una especial trascendencia, pues determinadas normas pueden suponer su aplicación directa y/o la obligatoriedad de transposición al Derecho interno bajo amenaza de sanción ante su incumplimiento.

to libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

La Directiva europea centra su atención en el apoyo a la víctima y contempla el derecho de esta a acceder a servicios de justicia reparadora, por entender que pueden serle de gran ayuda. No obstante, enfatiza sobre la necesidad de dotar de garantías suficientes a tales prácticas, pues su prioridad se focaliza en la satisfacción de los intereses y necesidades de la víctima del delito, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro adicional. Así, expresamente contempla que los Estados miembro adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada y la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora, en la exigencia de que estos sean seguros y competentes.⁵

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS MÍNIMAS SOBRE LOS DERECHOS, EL APOYO Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS

Mediante la Ley N° 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito se da cumplimiento en España a la obligación de transponer al ordenamiento interno la regulación emanada de la Unión Europea antes referida. En sentido análogo, supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos, de modo que concibe la actuación de los

5. En concreto, refiere el cumplimiento para ello de las siguientes condiciones: “a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo; c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso; d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior”.

servicios de Justicia restaurativa orientada a la adecuada reparación material y moral de la víctima.⁶

El Real Decreto N° 1109/2015, del 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley N° 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, contempla las funciones relativas a las medidas de justicia restaurativa, como parte de la necesaria asistencia a las víctimas. Entiende que cada víctima se enfrenta al delito de forma diferente, en función de sus circunstancias, puede necesitar liberar la emoción negativa para recuperar su equilibrio y este puede alcanzarse gracias al reconocimiento de los hechos esenciales por el infractor o por la aclaración de lo sucedido. Por ello, prevé que la asistencia a las víctimas incluya información sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando se considere beneficioso para la víctima e, incluso, realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

6. En la misma línea que la Directiva, el artículo 15 de la Ley del Estatuto de la víctima del delito especifica que: “1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido. 2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función. 3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento”.

LAS PRÁCTICAS RESTAURATIVAS EN ESPAÑA

Merece la pena resaltar que, en España, fue el Sistema Penal de menores el pionero en contemplar expresamente y regular la mediación en asuntos penales; no obstante, su análisis merece una dedicación especial, por lo que se tratará con mayor detenimiento más adelante.

La mediación en el ámbito penal existía ya antes de su normativización y la previsión del legislador sobre las prácticas restaurativas en el Sistema Penal de adultos fue precedida, incluso estimulada, por una relevante y extensa *praxis*. Con el precedente del Sistema Penal Juvenil y algunos instrumentos internacionales importantes, las prácticas restaurativas fueron cuajando y expandiéndose (no sin mucho esfuerzo) de modo exponencial, sin perjuicio de que el legislador no se hubiese detenido a regularlas expresamente. De ahí que el importante ímpetu de algunos sectores implicados fuese el gran precursor de la mediación en asuntos penales, inicialmente, y del intento de otras prácticas restaurativas, posteriormente.

La experiencia práctica durante los últimos años ha facilitado una cierta difusión, aunque todavía insuficiente, de la metodología restaurativa y sus beneficios. Numerosos ya “proyectos piloto” auspiciados por el propio Consejo General del Poder Judicial (entre otros, el Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid) se han venido implementando y consolidando gracias también a un esfuerzo importante del propio órgano de gobierno de los jueces, mediadores, universidades, asociaciones, colegios profesionales, etcétera.

Pese a ello, en el Sistema Penal de adultos no se encuentra regulado el procedimiento restaurativo como tal (aunque sí parcamente en el caso de los menores infractores), pero lo encontramos previsto recientemente en la Ley del Estatuto de la víctima del delito y su Reglamento de desarrollo, así como en la última reforma del Código Penal, que permite condicionar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. No obstante, ya con anterioridad, la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género prohibía específicamente la mediación en los supuestos en que corresponda el conocimiento del asunto, en el orden penal, a los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

EL PROGRAMA DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL DE LA
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Así las cosas, me gustaría señalar que la flexibilidad de las prácticas restaurativas y la gran implicación de los que nos hemos visto atraídos por esta perspectiva restaurativa, han permitido una práctica intensa aunque no uniformemente extendida. El Programa de Mediación⁷ Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid comenzó su andadura en 2009 y, desde entonces, probablemente hayamos ido evolucionando en consonancia con la experiencia adquirida y la de los propios operadores jurídicos y sociales involucrados.

En principio, su diseño se orientó fundamentalmente a la mediación intrajudicial o conectada con los Tribunales de Justicia; los órganos jurisdiccionales eran los encargados de derivar los asuntos, en colaboración con el Ministerio Fiscal. No obstante, también se apreció la utilidad de desarrollar una faceta preventiva y el fomento de una cultura de paz en la propia comunidad, lo que sugirió la asunción también de asuntos no judicializados, especialmente cuando la derivación la solicita algún organismo de la Administración Pública. Pronto percibimos que un trabajo en red y colaborativo, como no podía ser de otro modo en el ámbito de la mediación, era importante, además de productivo: un verdadero servicio al ciudadano. Por ello, resulta muy recomendable la implicación de las entidades públicas competentes, tales como Ayuntamientos, Servicios Sociales, Policía, Servicios de Atención a la Víctima, y un largo etcétera.

Con esa vocación integral, el Programa de Mediación Intrajudicial de la Universidad Carlos III de Madrid, protocolizó su actuación en todos los ámbitos y materias que pudieran surgir en su entorno, también en consonancia con las necesidades y tipología de los órganos jurisdiccionales concretos con los que trabaja, de modo que se gestionan asuntos civiles, mercantiles, familiares y penales. Casi desde los inicios, y pese a un inicial escepticismo al respecto, más de la mitad de los temas derivados son expedientes penales. Los conflictos delictivos re-

7. Entiéndase la mediación en asuntos penales como equivalente a prácticas restaurativas, pues su título se corresponde con los inicios y de ahí la limitación del formato, sin perjuicio de que habría de quedar ya superado un modelo concreto.

quieren un tratamiento especial y cuidadoso, y la metodología restaurativa se erige en una poderosa herramienta para su adecuada gestión. Desde mi humilde punto de vista, es un ámbito precioso para intentar mejorar la calidad de la respuesta penal y, además, una extraordinaria ayuda real para todos los implicados.

No obstante, el conflicto delictivo puede ser muy complejo y para su ilustración me resulta de gran utilidad el empleo del símil con un iceberg: la pequeña porción que asoma al exterior (el delito, tal como llega a la jurisdicción) frecuentemente oculta una enorme dimensión que no resulta inicialmente visible y que, sin embargo, demanda imperiosamente de su específica gestión (esto es, el verdadero conflicto delictivo y su tratamiento desde una perspectiva restaurativa).

En este sentido, la experiencia nos muestra que en un porcentaje importante de los casos existe o ha de existir relación entre las partes y, en muchas ocasiones, el conflicto que subyace no sólo es penal sino también familiar, vecinal, laboral, etcétera. Nos encontramos a menudo con el sentimiento de víctima en ambas partes e, incluso, con denuncias cruzadas en las que la delimitación estricta víctima-ofensor no es plenamente posible. En suma, el tratamiento de cada conflicto delictivo requiere de un diseño personalizado y tal es la virtualidad de las prácticas restaurativas, donde la flexibilidad posibilita la adecuada gestión de cada conflicto e, incluso, la incorporación de otras partes afectadas o influyentes.

RECURSOS LEGALES EN CLAVE RESTAURATIVA

Mención particular requiere el Sistema Penal español pues, siendo de corte fundamentalmente retributivo permite, no obstante, identificar una serie de exiguas herramientas de intervención en clave restaurativa, mediante la utilización de los recursos que ofrecen las normas de Derecho Penal y Procesal vigentes. De este modo, se procura la viabilidad del acuerdo o acta de reparación gestado en mediación y se facilita una verdadera perspectiva restaurativa, más ambiciosa que la mera reparación estricta del daño.

RECURSOS PROCESALES

Partiendo de que el monopolio del *ius puniendi* es del Estado, ciertamente existe un escaso margen de disposición para las partes en cuanto a renuncia al ejercicio de la acción penal; sin embargo, es plenamente viable esa dejación o un acuerdo en cuanto a la acción civil o responsabilidad civil derivada del delito. En todo caso, el perdón del ofendido, en los delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o cuando la ley así lo prevea, también extinguiría la acción penal.

El principio de legalidad predomina en la regulación penal aunque se contempla expresamente el instituto procesal de la conformidad: mediante el que se permite (ante la concurrencia de ciertos requisitos) un acuerdo sobre la calificación jurídica y/o los hechos entre acusaciones y defensa, que puede suponer una terminación del proceso penal negociada. Así, las últimas reformas procesales evidencian un interés creciente del legislador en potenciar las conformidades en el proceso penal, no obstante, pretende evitarlas “a pie de estrados” el mismo día del juicio oral.⁸ Además, esa conformidad puede ser privilegiada o premiada, con lo cual se reduce la pena en algunos supuestos.

Por otro lado, también rige el principio de oportunidad reglada que opera en algunos casos específicamente previstos, como ocurre en materia de menores infractores y en algunos delitos leves. Así, el Juez de Instrucción acordará el sobreseimiento del procedimiento y archivo de las diligencias a solicitud del Ministerio Fiscal cuando el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor, y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

8. Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española, en Madrid a 1 de abril de 2009 e Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del Protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española.

RECURSOS PENALES

La utilización efectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, previstas en el Código Penal, con especial consideración a la atenuante de reparación del daño e, incluso, confesión del hecho (aun en su versión analógica). Obviamente, también habría de considerarse la concurrencia de eximentes (aun incompletas) y de otras atenuantes que pudieran haberse puesto de manifiesto, como la grave adicción, el arrebató u obcecación, las dilaciones indebidas, la circunstancia mixta de parentesco u otras de análoga significación. Ha de tenerse en cuenta que la confluencia de dos o más atenuantes o una o varias en su modalidad como muy calificadas, suponen la posibilidad de aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la inicialmente prevista. Por otro lado, para la determinación de la pena concreta (de entre las posibilidades previstas) en los delitos leves e imprudentes, regirá el prudente arbitrio del juzgador.

Algunas penas podrían tener un fundamento también reparador, como es el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad: colaboración no retribuida del penado en determinadas actividades de utilidad pública, pudiendo relacionarse incluso con delitos de similar naturaleza al cometido, como pueden ser las labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas y la participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Ya en fase de ejecución, se prevé la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en atención a las circunstancias del delito, las personales del penado, sus antecedentes, la conducta posterior al hecho (en particular su esfuerzo para reparar el daño causado), sus circunstancias familiares y sociales, además de los efectos que quepa esperar de la suspensión y cumplimiento de las medidas impuestas. Además, se contempla la facultad de condicionar la suspensión a determinados deberes convenientes para la rehabilitación social del penado y/o prohibiciones. También podrá supeditarse la suspensión al cumplimiento de prestaciones o medidas, tales como el acuerdo alcanzado en mediación o multa y trabajos en beneficio de la comunidad (especialmente cuando sea

adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y autor).

Por último, también en fase de ejecución, cabrían ciertos beneficios como en la tramitación de indulto, pudiendo ser este total o parcial y a propuesta del propio órgano juzgador. Ante el cumplimiento ya de una pena privativa de libertad en centro penitenciario, concurriendo determinadas circunstancias, encontramos la posibilidad de la progresión en grado de tratamiento penitenciario, el acceso a permisos de salida o la concesión de la libertad condicional (incluso, adelantada).

EL CASO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Curiosamente, la institucionalización de las prácticas restaurativas en España primero se produjo en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil, forzándose un cambio de modelo drástico y, al tiempo, pionero. Partiendo de que regía un modelo tutelar para los menores (tanto de reforma como de protección), en el que no imperaba un verdadero procedimiento con garantías, los jueces se especializaron y forzaron una nueva regulación penal en menores, logrando la declaración de inconstitucionalidad de la ley preexistente.

Se introduce entonces una perspectiva más restaurativa que, además, parece avanzar algunas posibles líneas de futuro del proceso penal de adultos.⁹ No obstante tan moderna regulación, se han venido produciendo ciertas involuciones prácticas probablemente derivadas de algunos casos graves y especialmente mediáticos. Así, el Sistema de Justicia Juvenil ha venido sufriendo numerosas reformas (las dos primeras, incluso, antes de su entrada en vigor) y ha tendido a lo largo tales modificaciones hacia un progresivo endurecimiento, así como una cierta pérdida de flexibilidad en la adopción de las medidas sancionadoras.

9. Destacan, en tal sentido, la función instructora del fiscal (en lugar del juez de Instrucción), una mayor presencia del principio de oportunidad (aun reglada) y la posibilidad de desjudicializar el expediente en determinados supuestos (contemplando también soluciones extrajudiciales).

Sin perjuicio de los instrumentos internacionales que inspiran la actual regulación, el marco normativo principal se recoge en la Ley Orgánica N° 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y el Real Decreto 1774/2004, del 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de esta. Su ámbito de aplicación se limita a los mayores de 14 y menores de 18 años, ante la comisión de hechos tipificados como delitos.

Según proclama la propia ley vigente, se presenta un procedimiento de naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionador-educativo, basado en la aplicación de una diversidad de medidas orientadas hacia la efectiva reinserción y al superior interés del menor. Como ya se ha avanzado, fue precursor en prever la mediación en asuntos penales, mostrando un interés particular en la reparación del daño causado y la conciliación del menor infractor con la víctima, como manifestación asimismo de los criterios educativos y resocializadores que han de inspirar la Justicia Penal Juvenil. En este sentido, establece que el superior interés del menor también ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas: esto es un equipo técnico multidisciplinar, que interviene desde las áreas psicológica, social, familiar y educativa.

LA MEDIACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

En el sentido ya expresado anteriormente, hemos de tener en consideración que las referencias legales a “mediación” no habrían de circunscribirse estrictamente a tal formato, sino entenderse como un equivalente a “prácticas restaurativas”: téngase en cuenta que su regulación se produjo en un momento anterior a la expansión de otro tipo de instrumentos restaurativos en España que, aun al día de hoy, son demandados por los mediadores y poco desarrollados en la práctica.

Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción del procedimiento y la facultad de valorar una posible desjudicialización del expediente

de reforma, en virtud del principio de oportunidad reglada y la conveniencia de una solución extrajudicial. Así, cuando se trate de delitos menos graves o leves, podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación o la actividad educativa correspondientes, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez de Menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Especial relevancia adquiere la labor del Equipo Técnico, que informa desde un primer momento sobre la situación psicológica, educativa, familiar y el entorno social del menor, pudiendo proponer la intervención socio-educativa que valore conveniente. Del mismo modo, puede considerar la utilidad de trabajar con ese menor en mediación, con el objeto de facilitar una conciliación y reparación, lo que también podrá sugerir en ese informe preceptivo. Por otro lado, igualmente se encomienda al equipo técnico las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, sin perjuicio de que, aun variando su organización, según Comunidades Autónomas, se procura que sean cuerpos profesionales y especializados distintos (esto es, las mediaciones las realizarán mediadores cualificados que se dedican especialmente a tal función).

Tanto en la conciliación como en la reparación, el menor y la víctima llegan a un acuerdo en mediación. Por un lado, la conciliación supone el reconocimiento del daño causado por parte del menor, que se disculpa ante la víctima y esta acepta sus disculpas. Por otro lado, la reparación consiste en el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado, de realizar determinadas acciones en beneficio de aquella o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. No obstante, el cumplimiento de la actividad educativa propuesta por el equipo técnico sería una vía alternativa a la conciliación y/o reparación, cuando aquellas no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor.

También en fase de ejecución sería factible la modificación o la sustitución de las medidas impuestas, en virtud de mediación. Cabe la posibilidad de que el juez de Menores deje sin efecto, reduzca su duración o sustituya la medida por otra, siempre que redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a este el reproche merecido por su conducta. En concreto, la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos, podrá dejar sin efecto la medida impuesta: cuando el juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Así, los efectos de una mediación con menores infractores podrán ser diversos en función de la fase procesal en la que se realice y las características del ilícito. En fase de instrucción, puede suponer el sobreseimiento y archivo del expediente de reforma. En fase de audiencia, no evitaría la declaración de responsabilidad penal, aunque habría de influir en la elección de las medidas más adecuadas para el menor infractor. En fase de ejecución, ha de afectar a la modificación de las medidas ya impuestas (ya sea en su duración o tipo).

NOTAS FINALES

Quisiera destacar la gran importancia del diseño y desarrollo de una buena Justicia Penal Juvenil, pues es un marco perfecto para la implementación de una adecuada perspectiva restaurativa, al tiempo que supone una excelente oportunidad de introducir mejoras que también impregnen todo el Sistema de Justicia Penal.

En concatenación con lo anterior, quiero señalar la necesidad de adecuar la respuesta penal hacia la consecución de objetivos más restaurativos, para lo que se precisan una diversidad de penas y medidas alternativas a la privación de libertad, más apropiadas y provechosas.

Un sistema penal moderno ha de ser necesariamente restaurativo, tanto por convicción como por competencia. El óptimo abordaje del conflicto delictivo implica la participación sanadora de todos los afec-

tados y un trabajo multidisciplinar, que cimente así una justicia penal eficiente y productiva.

Por último, importantes resistencias apreciadas en relación con las prácticas restaurativas tienen íntima relación con cierta desconfianza y una percepción errónea de impunidad, por lo que insistir en su difusión y una buena formación son vías muy útiles para su valoración positiva. Cuando uno o una se sumerge en un ámbito tan apasionante, es difícil apartarse de él.

**POLÍTICAS PÚBLICAS EN JUSTICIA
RESTAURATIVA**

SISTEMA PENAL JUVENIL. PARTICULARIDADES Y DESAFÍOS

Por Jorge Enríquez*

Los parámetros actuales, establecidos hace un tiempo considerable, nos llevan a entender que con justa razón, tanto niños y niñas como adolescentes constituyen un universo muy amplio en el que se requiere establecer diferenciaciones respecto del resto del Sistema Penal. Harto conocidos son los derechos y garantías constitucionales establecidos en materia penal, sin embargo, con relación a los jóvenes damos unos pasos más y hablamos de mayor protección y de una justicia especializada.

Ello es así en virtud de que no podemos desatender las recomendaciones expresadas por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) –con rango constitucional–, por ejemplo cuando, entre otras, enuncia: a) que esta justicia especializada debe contar con recursos institucionales que permitan una intervención interdisciplinaria para poder determinar medidas o salidas alternativas a la sanción privativa de la libertad; b) un proceso más breve en comparación con la justicia penal ordinaria; y c) el derecho de los padres –como garantía específica– de participar en el proceso.

Ahora bien, ¿qué implica la especialización en Justicia Penal Juvenil?

En líneas generales, se hace referencia a que los órganos judiciales (jueces, fiscales, defensores y asesores) se encuentren capacitados para actuar en delitos cometidos por este grupo etario, procedimien-

* Procurador y abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Ejerció funciones en los tres poderes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires en 1996; Subsecretario de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el período 1996/2000; Diputado de la Ciudad de Buenos Aires desde agosto de 2000 hasta diciembre de 2007; y Consejero de la Magistratura en el período 2012/2014. Actualmente es Subsecretario de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

tos con estándares más exigentes en comparación con los vigentes para las personas adultas, programas y establecimientos particulares, y limitar la privación de la libertad para casos excepcionales y por el menor tiempo posible.

En la República Argentina, la Ley N° 22278 sancionada en 1980, a pesar de las numerosas críticas realizadas por una parte de la doctrina,¹ sigue siendo el Régimen de Administración Judicial para jóvenes de entre 16 y 18 años, ya que a los menores de 16 se los considera inimpuntables y “no punibles”.

Dicha norma establece que, además de evaluar si el joven estuvo o no implicado en el hecho que se le atribuye, debe considerar su comportamiento durante el “tratamiento tutelar”, instancia que se delimita desde el inicio de la causa penal hasta la mayoría de edad.²

No necesariamente hacemos referencia a un joven privado de su libertad para aplicar este mencionado “tratamiento tutelar” que puede constar, a criterio del juez, en: tratamiento psicológico, ingreso en algún programa para jóvenes, etcétera, sino que el joven puede estar recibiendo dicho tratamiento con pleno goce de su libertad. Asimismo, diversos son los operadores judiciales y administrativos encargados en el seguimiento del “tratamiento tutelar”, cumpliendo tareas para informar al juez acerca de la evolución del joven.

Por su parte, y atendiendo toda la normativa receptada, tanto en materia internacional como local, la Fiscalía General del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Resolución FG N° 337/2008, expresó su preocupación por elevar el es-

1. Instituto de Derechos Penales. Artículo de Alberto Manzi: “La doctrina de la situación irregular y la protección integral. Algunos ejes comparativos”: “... estructurada en base al modelo tutelar clásico, anterior a la Convención de los Derechos del Niño, la Ley N° 22278 no concibe al niño como sujeto de derechos, por lo que el derecho de defensa del niño o niña se diluye tras su finalidad supuestamente protectora”.

2. Art. 4, inc. 3: “La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: (...) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa...”.

tándar de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la CABA.

En este sentido, con fecha 29/12/2008, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 7 dictó sentencia en el caso “Ministerio Público Fiscal, Justicia Penal, Contravencional y de Faltas s/ inf. art. 23.098 L.N. (hábeas corpus)” ordenando el cese de la restricción de libertad en sede policial de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la CABA.

En consecuencia, fue propicio implementar un Programa tendiente a la Identificación y Alojamiento Provisorio de Niños, Niñas y Adolescentes, respetando la protección integral de la niñez y la adolescencia, promoviendo y protegiendo el cumplimiento de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes de la CABA.

Actualmente, la Resolución 329-MJYSGC-09 instruyó en el cargo que tengo el placer de ocupar, la supervisión del cumplimiento del mencionado centro, como así también la designación de sus responsables. Asimismo, vuelvo a señalar que en virtud de estos estándares más estrictos anhelados por la Ciudad, hoy el trámite de identificación de un joven tiene como plazo máximo seis horas –con expectativa de acortarlo gracias a la incorporación de herramientas tecnológicas– contra el doble que hoy se establece en la jurisdicción nacional.

A partir de la sanción de la Ley N° 2451 de 2007 (Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA), el Poder Judicial de la CABA tiene un Procedimiento Penal Juvenil especializado; hoy nos referimos a una “justicia restaurativa”, en la que el basamento gira en torno a la idea de resolución de conflictos sociales y no en el concepto tradicional de delito. Este nuevo régimen reconoce en el joven un sujeto pleno de derechos que exige ser tratado con todas las garantías, más ese plus en razón de encontrarse en un proceso de formación.

Punto aparte merece la competencia actual en la que intervienen los jueces locales, y que excede los límites estipulados de esta ponencia, aun así resulta claro que el desiderátum de la norma 129 de nuestra Constitución Nacional es concluir en una autonomía jurisdiccional plena en los mismos términos que gozan las provincias.

En este marco, el 07/12/2000 se firmó un convenio entre el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma, en el que se avanzó gradualmente en la transferencia de competencias, en ese momento,

sólo se transfirió un único delito que era la tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario.

Posteriormente, en 2004, y ante la firma del segundo convenio de transferencias tuvieron lugar: las lesiones en riña, el abandono de persona, la omisión de auxilio, las exhibiciones obscenas, los matrimonios ilegales, las amenazas, la violación de domicilio, la usurpación, los daños y el ejercicio ilegal de la medicina. Por último, en 2011 se firmó el tercer y último convenio de transferencia de delitos.

Más adelante, en 2014, el Consejo de la Magistratura de la CABA designó a dos jueces de los 31 juzgados con competencia penal en el ámbito local, para que ejerzan la competencia en materia penal juvenil; ellos fueron los titulares de los Juzgados N° 3 y 11 (Dres. Carla Cavaliere y Marcelo Bertumeu Romero). Más allá de las muy buenas intenciones, a mi juicio, de las iniciativas llevadas adelante, entiendo que la manda Convencional (CDN) hoy no está siendo cumplida por la Ciudad. Esto es así, ya que esta norma nos establece la creación de un fuero especializado en materia penal juvenil. En este sentido, considero que de acuerdo con las estadísticas, la carga actual de trabajo no lo justifica, y eso tiene relación únicamente con que todos los delitos transferidos del ámbito nacional son de competencia correccional.

Hoy, desde la Subsecretaría de Justicia venimos trabajando en diversos desafíos relativos a esta temática que tiene particulares aspectos. Entre ellos se destacan: la necesidad de replantear los plazos de la instrucción previstos en la Ley N° 2451 (Régimen Procesal Juvenil de la CABA) principalmente lo que respecta al procedimiento de flagrancia, la creación de una Cámara (sin antecedentes a nivel nacional), Fiscalías y mediadores especializados, la transferencia de dispositivos de menores a la Ciudad, impedir que se continúe avanzando en concursos a nivel nacional para Juzgados y Tribunales de menores, acelerar, como ya se mencionó, el proceso de identificación de los jóvenes que ingresan al CIAPNNA, etcétera.

Asimismo, considero que como diseño de la política pública de la Ciudad, entre otras consideraciones, es necesario coordinar algunas acciones con la Provincia de Buenos Aires, dado que más de la mitad de los jóvenes a los que se les reprochan delitos o infracciones en nues-

tra Ciudad tienen su centro de vida en la provincia y, en consecuencia, afecta el seguimiento asistencial.³

En síntesis, quiero destacar que tanto los derechos reconocidos por la CDN y garantizados en nuestro país por la Ley N° 26061 (Ley de Protección Integral) presuponen intervenciones correctas por parte de los agentes del Estado. No queda más que mencionar, que desde la Ciudad venimos trabajando desde hace tiempo para que ante la inminente recepción de nuevas competencias y, específicamente en la materia de penal juvenil, los jóvenes puedan romper con la dificultad de construir un proyecto de vida y responsabilizarse por él.

3. Informe del MPD de 2014. XV. Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad, art. 22, Ley N° 26657.

PALABRAS DE CIERRE

JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL REESTABLECIMIENTO DEL VÍNCULO SOCIAL

Por Paula Lagos*

Quiero agradecer a los organizadores, en particular, a Alejandra Quinteiro, titular de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, el espacio brindado a la defensa pública en el panel de cierre de las Jornadas.

Durante los dos días de encuentro ha quedado cristalizado que la justicia local brinda una respuesta de calidad en los procesos en los que resultan imputadas personas menores de edad. En primer lugar, porque cuenta con operadores que intervienen desde el momento mismo de la aprehensión, de acuerdo con la detallada exposición de Carla Cavaliere y Marcelo Bartumeu Romero, a cargo de los dos Juzgados con Secretarías penales juveniles porteñas, Christian Brandoni Nonell, uno de los cinco defensores con competencia específica en la materia e integrantes del Ministerio Público Tutelar. Y, en segundo lugar, porque el régimen procesal penal juvenil de la Ciudad contempla institutos alternativos de resolución de conflictos como la mediación y la remisión del caso. En esta línea, la justicia restaurativa resulta una herramienta superadora, tal como sostuvieran magistralmente Ivo Aertsen, Director del Instituto de Criminología de Lovaina, Bélgica; Mary Beloff, Fiscal General de Política Criminal y Diana Perulero García, Profesora de Derecho Procesal Penal y Resolución Alternativa de la Universidad Complutense de Madrid.

Ante el evidente fracaso del modelo retributivo, la justicia restaurativa se impone como posibilidad de restablecer el vínculo social que-

* Defensora Pública en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, a cargo de la Defensoría N° 13. Diplomada en Derechos Humanos en American University, Washington College of Law y especialista en Derecho Penal. Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la CABA (MAFUCABA).

brado por el acto trasgresor de la ley, desde la dimensión de la víctima, de la colectividad y de la posibilidad de reinserción del infractor.

En el caso de los jóvenes, es más importante aún que el eje central de la intervención estatal no sea el castigo, sino la asunción de responsabilidad sobre las consecuencias de sus actos, procurando que en el encuentro con la víctima haya una reconciliación, basada en la reparación material y simbólica del daño causado y del vínculo social. La reparación tiene efectos educativos y resocializadores, ya que no solo compensa a la parte damnificada sino que le devuelve al infractor su dimensión humana, en cuanto restaura sus valores éticos, su dignidad y su subjetividad. Les otorga a víctimas y ofensores la posibilidad de poner palabras a los hechos, a los sentimientos, escuchar y ser escuchado, mensurar el impacto de los propios actos. En este sentido, cada conducta tiene consecuencias, no sólo para quien comete el hecho y para quien es afectado directo, sino para todo el conjunto social en que ocurre; premisa a partir de la cual se dio inicio a los primeros encuentros entre víctimas y ofensores, pero involucrando de manera directa a miembros de las comunidades en que ocurría el delito. Desde familiares y amigos de las partes hasta vecinos, maestros u otros actores sociales.

También la CABA cuenta con un equipo de mediadores capacitados para intervenir en estos procesos, ya que vienen actuando en gran cantidad de procesos que tramitan en la justicia local seguidos a personas mayores de edad en que se han alcanzado excelentes resultados. El momento del encuentro cara a cara entre víctimas y victimarios, ante un tercero imparcial, les da la ocasión de narrar sus historias y asumirlas reflexivamente. De esta manera, el Estado los reconoce como sujetos capaces de estimar la conducta de otros más allá de una visión normativa, esto es, desde una dimensión ética.

Antes de concluir quiero destacar la importancia de estos encuentros de debate, para seguir pensando en conjunto distintas líneas de trabajo para cumplir cabalmente con la obligación del Estado de proteger de manera integral a niños y jóvenes. Inicialmente, articulando todos los mecanismos de prevención para evitar el contacto con el sistema penal. Me refiero concretamente a garantizar todos sus derechos (educación, vivienda digna, alimentación, recreación, etcétera). En los casos en que la prevención no haya tenido éxito, y

que el joven cometa un ilícito, haciendo efectivas en todo el procedimiento las garantías constitucionales (comenzando por las convencionales, incorporadas a nuestra Ley Suprema por el artículo 75, inciso 22 de la CN) y, finalmente, facilitando la salida del sistema, a través de las opciones restaurativas, que posibiliten la construcción de un proyecto de vida.

PALABRAS DE CIERRE

Por Martín Casares*

Quisiera comenzar esta ponencia preguntándonos en voz alta: ¿qué es lo inadecuado en el actual funcionamiento de la Justicia Penal Juvenil?

¿La respuesta al delito, las leyes de fondo, de forma? ¿Las instituciones judiciales, administrativas? ¿La no prevención del delito?

¿Es justo castigar a un niño cuando comete un delito? ¿Cómo una sociedad justa debiera tratar a sus miembros más jóvenes cuando vulneran la ley penal?

Para encontrar la respuesta hay un dato ineludible. Y lo encontramos en el fin de la Justicia Penal Juvenil.

Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ese fin no es otro que lograr que los adolescentes comprendan el daño que causaron con sus conductas, adviertan que forman parte de la comunidad y de sus valores, desarrollen sentido de responsabilidad y se relacionen de forma no conflictiva. Ello se logra con: 1) la prevención para garantizar derechos –inserción social, educativa, comunitaria pacífica–, y 2) la especialidad como respuesta a la imputación.

Es importante destacar los cambios positivos que existieron en los últimos años en la Justicia Penal Juvenil, puesto que muchas provincias se *aggiornaron* a la Convención sobre los Derechos del Niño y dictaron normas de forma. También profusa jurisprudencia acompañó este cambio de paradigma.

Sin embargo, también es cierto que en nuestro país sigue vigente el Decreto-ley N° 22278, que confunde comisión de delitos con protección de derechos y permite continuar con una justicia no especializada (contraria a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño), donde la prisión preventiva puede ser la regla y las medidas alternativas escasean.

* Subsecretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En nuestro país todavía sigue habiendo jóvenes privados de libertad con características de alta vulnerabilidad en lugares que no fomentan inclusión.

Aún es necesario fomentar la especialidad de todos los operadores que se vinculan con jóvenes que delinquen desde el primer contacto.

Se observa una falta de aplicación y opciones reales y concretas de medidas alternativas como resolución de conflictos.

Hay una carencia de medidas de prevención para este tipo de población.

Es menester lograr una articulación con los organismos de salud mental y educación que realice un abordaje íntegro.

Es necesario también articular para que una vez terminada una causa penal estos jóvenes puedan continuar recibiendo los servicios socioeducativos correspondientes.

Por otro lado, hoy en día los jóvenes adultos ingresan al Servicio Penitenciario Federal sin que exista un seguimiento y un abordaje especializado sobre ellos.

También sabemos que hoy día sigue habiendo inimputables privados de libertad en varias provincias sin un marco normativo que les dé garantías.

Es decir, que el Ministerio debe trabajar en un proyecto acorde con los lineamientos internacionales, que refuerce:

- La prohibición de privaciones de libertad como protección de derechos.
- La prohibición de penas perpetuas.
- La privación de libertad como excepción por el menor tiempo posible y solo para delitos graves (Artículo 37 b CDN).
- La concreta aplicación de medidas alternativas al proceso creando reales oportunidades y seguimientos personalizados.
- Definiciones sobre medidas alternativas, aplicadas a qué delitos, en qué franja etárea, en qué etapa procesal, quién las debe aplicar, quién las debe controlar.
- Necesidad de protocolizar las medidas para fomentar y homogeneizar su aplicación a nivel federal.

Es por ello que dentro de las tareas del Ministerio se encuentran las siguientes.

Para el año 2017, elaborar un nuevo proyecto de ley penal juvenil acorde con los estándares internacionales de la CDN y a la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

No hay ni habrá ningún proyecto sin un previo amplio debate.

Pero sabemos que más allá de la ley, las prácticas pueden adecuarse progresivamente al paradigma de derechos instalados por la Convención. Por ello debemos relevar prácticas y necesidades de las provincias para abordar mejoras.

Este año se inició un relevamiento de la situación normativa y fáctica en las distintas provincias de la Argentina, viendo en qué medida las provincias se aggiornaron o no a los estándares internacionales en materia de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

De igual modo, se inició un relevamiento sobre la existencia, aplicación y modalidades de funcionamiento de las medidas alternativas al proceso y a la privación de libertad.

Por su parte, a través de justicia 2020 se inició un diálogo virtual con operadores de todo el país, en el que los participantes pudieron hacer sus aportes y dar sus miradas de las realidades que viven en sus provincias.

En el mes de octubre tuvimos el primer encuentro con el fuero de la provincia de Buenos Aires, el fuero Nacional y el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA.

De igual modo se realizó con todos los operadores un segundo encuentro en la provincia de Córdoba.

A su vez, se creó un grupo de trabajo que realiza un abordaje integral de las cuestiones relativas a la situación de los menores de edad privados de libertad.

Dicho grupo trabaja como eje central que el aislamiento de los jóvenes puede contribuir a su desarraigo; que la máxima brevedad posible se refiere a la duración de la pena en función del tiempo vivido por un adolescente; el derecho al acceso a educación y salud como primordiales; la necesidad de contar con registros desde la entrada de adolescentes al centro: su legajo personal, la revisión médica efectuada a su llegada al centro, cualquier situación de violencia que ocurra en el centro, etcétera.

Existen distintas realidades a nivel federal, por lo que todas estas condiciones debieran poder ser verificadas y supervisadas por funcionarios o personas calificadas e independientes que puedan activar mecanismos para modificar esta afectación de derechos.

En tal sentido, este año se inició un relevamiento para saber si en todas las provincias ya existen órganos independientes que ingresan a los centros de privación de libertad de niños, niñas y adolescentes con fines de monitoreo y cuáles son sus modalidades de funcionamiento.

Una vez realizado este relevamiento, la intención es realizar un protocolo único integrador federal que identifique buenas prácticas y que nos dé insumos necesarios a ser valorados para un proyecto de ley penal juvenil.

En otro orden de ideas, se trabaja en lograr una sistematización y actualización de las estadísticas para conocer la cantidad de jóvenes que delinquen, diferenciando población etárea, tipos de delitos, información fundamental para elaborar un proyecto de ley penal juvenil, y para la que necesitamos contar con una ágil colaboración y articulación de los organismos que la disponen.

Asimismo, cabe destacar que este año se realizó el Primer Ciclo de Diálogos a Nivel Federal hacia una nueva ley penal juvenil coorganizado con UNICEF, poderes ejecutivos, judiciales, ONGs y especialistas de todas las provincias.

En dichas jornadas se realizaron seis mesas de debate que abordaron las siguientes temáticas: 1) justicia especializada; 2) medidas alternativas al proceso judicial; 3) medidas alternativas a la privación de libertad como regla; 4) delitos y sanciones especializadas acorde a los estándares internacionales; 5) la discusión sobre la edad y 6) centros de privación de libertad.

Algunas de las conclusiones de dichas mesas fueron las siguientes:

1. La necesidad de lograr la especialidad en el trato desde el primer contacto hasta agotamiento pena.
2. La importancia de jerarquizar instancias administrativas.
3. Asistir a provincias en búsqueda de parámetros homogéneos.
4. La necesidad de sistemas procesales acusatorios en algunas provincias.
5. La demanda presupuestaria para mejorar dispositivos especializados y alternativos.

6. La necesidad de articular con el sistema de protección, educación y salud.
7. La reticencia de algunos jueces y fiscales a que la privación de libertad sea la excepción.
8. Las discusiones en torno a quién, cómo y cuándo se aplica el principio de oportunidad en medidas alternativas al proceso (remisión, medidas restaurativas, probation, mediación, etcétera).
9. La permanencia de confusiones de protección de derechos y coerción penal.

Por último, no puedo dejar de mencionar que no deja de llamarme la atención el hecho de que, según las estadísticas existentes, hasta el momento la cantidad de jóvenes que delinquen no es un número tan inabordable como para no poder resolver esta temática, por lo que realmente impacta la incapacidad de acuerdos obtenidos hasta el momento en lo que respecta a la Justicia Penal Juvenil.

En esa línea, destaco la necesidad de trabajar articuladamente con los organismos con competencia en la temática por lo que los convoco a trabajar conjuntamente.

PALABRAS DE CIERRE DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES DR. ENZO PAGANI

Llegamos al final de estas “II Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil: Buenas Prácticas para una Justicia especializada”, donde se han tratado temas novedosos y que han abierto a debate. Por el desarrollo que han tenido, la calidad de expositores y la gran concurrencia de operadores del sistema que involucra a adolescentes, concluyo que fueron unas excelentes jornadas, que comenzaron el día de ayer en el Salón Dorado de la Legislatura Porteña y que como pocas veces –se los digo por conocer mucho el Palacio Legislativo– se mantuvo constante la permanencia de los asistentes y personas interesadas en un debate nuevo que involucra temas tan importantes como lo es la Justicia Penal Juvenil.

Las hemos enfocado directa o prioritariamente hacia lo que es nuestro ámbito de Justicia Penal Juvenil, entendiendo que es donde mayor nivel de éxito y de ventajas podemos encontrar; de la mano de esta institución novedosa, que ya se está utilizando en distintos países del mundo.

Desde el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires creemos que la Justicia Restaurativa es un tema que convoca y apasiona. Las prácticas restaurativas utilizan fórmulas más constructivas que el sistema retributivo, ya que conjugan elementos como la responsabilidad, la restauración y la reintegración. Algunos de los elementos centrales en este nuevo modelo de justicia son la responsabilidad del autor –desde la perspectiva de que cada persona debe responder por las conductas que asume libremente–, la restauración de la víctima –que debe ser reparada por el perjuicio recibido– y la reintegración del victimario a la comunidad, es decir, el restablecimiento de los vínculos con la sociedad, a la que también se ha dañado con el ilícito. El proceso restaurativo brinda a los afectados por el conflicto la oportunidad de contar su versión de la historia, sus consecuencias y sus

necesidades para intentar poner las cosas en el estado anterior a la ofensa, logrando así subsanar el daño de una forma pacífica.

Es importante resaltar que la Justicia Restaurativa no es solo una respuesta a la delincuencia, sino que implica una diversidad de restauraciones que incluyen a la víctima, al victimario y a la sociedad. Esta óptica más amplia de la “restauración” permite pensar en la posibilidad de incorporar las prácticas restaurativas en la resolución de conflicto, no sólo de índole penal, sino también a situaciones de la vida cotidiana: familia, iglesia, escuela, u otros, ya que culturalmente en todos los países existen mecanismos que buscan la resolución de conflictos de una forma no violenta. En este punto es importante señalar que cuando se habla de reintegración, comúnmente se piensa en los ofensores, dejando de lado a las víctimas. Sin embargo, con frecuencia, estas se sienten estigmatizadas por su familia, amigos y la comunidad. En estos casos, el Estado tiene el papel principal; entra en conflicto con la realidad experimentada por la víctima que fue lastimada por el acto delictivo.

Siguiendo esta línea, la Justicia Restaurativa no sólo busca involucrar a todas las partes de un conflicto en su solución, sino que también pretende la restauración de los valores, la dignidad de las personas y la equidad social. Es, además, una forma de pensar acerca del daño y el conflicto. Su desafío consiste en que a través de la participación de todas las personas que se vieron afectadas por el conflicto se arribe a una solución propicia.

Estamos en un país donde, lamentablemente, nuestra deuda histórica, nuestra reseña, nuestra memoria, no nos hace recordar que la justicia haya hecho bien las cosas. Y cuando aparecen herramientas como son las prácticas restaurativas que permiten generar procesos de construcción social desde un primer momento, me refiero a la instancia anterior a que el hecho delictivo ocurra; es decir, desde la prevención de un suceso hasta la última etapa del proceso penal, o sea, en la ejecución de la sentencia; cuando aparecen estos institutos como la justicia restaurativa nos animamos a pensar que tenemos algunas herramientas más para accionar, y que con los recursos necesarios para aplicarlas y con la responsabilidad que nos corresponde de ejercer en la toma de decisiones, se puede construir otro tipo de justicia, un nuevo modelo de justicia que no sólo involucre a los actores del proceso

sino que también encuentre un lugar privilegiado donde no sólo pueda ser escuchada la víctima, sino también tomar un rol activo durante la sustanciación del proceso.

Estas nuevas herramientas, como son las prácticas restaurativas que, como quedó expuesto en estas Jornadas Internacionales, se están aplicando en muchos países del mundo, y que un contexto de justicia moderna y preparada como lo es la de la Ciudad de Buenos Aires, realmente nos puede dar muy buenos resultados.

Personalmente, creo que es un tema para trabajar no sólo en el ámbito judicial, en atención que ha quedado claro, por los que me precedieron en el uso de la palabra, que es una herramienta para interactuar con los otros poderes del Estado, que no solo nos va a permitir trabajar desde la prevención, y a lo largo de todo el proceso, sino que además posibilita que exista un proceso adicional que nos permita tratar de reconstruir el tejido social entre la víctima y el victimario, y entre los familiares de la víctima y victimario.

La justicia restaurativa constituye un medio para alcanzar la reparación de las relaciones sociales quebrantadas por la comisión de un hecho ilícito, dándole la oportunidad a la víctima de expresar sus emociones y sentimientos, originados a partir del hecho ofensivo, dándole una cara más humana a la justicia penal. Es decir, nos permite la reconstrucción del tejido social, producido el hecho que ha generado heridas, en términos de estructura penal. No debemos olvidar que tratamos con personas que han sufrido por el conflicto; por eso el proceso restaurativo debe ser flexible y respetuoso de las instancias de cada persona y adaptarse a sus tiempos y su circunstancia.

Entonces, cuando nos ponemos a pensar en todas estas nuevas herramientas, y lo planteamos en estos términos, parece muy ideal. Sin embargo, tenemos tanto por hacer y hay tantas demandas insatisfechas, que parecería una utopía pensar en la aplicación de estas prácticas, pero no importa. Nos tenemos que animar, es en lo que tenemos que pensar, debemos trabajar poniendo el horizonte allá adelante.

En cuanto a la regulación procesal en materia penal juvenil en la Ciudad de Buenos Aires, más allá de que nuestro texto legal vigente, la Ley N° 2451, tiene reguladas en su título VIII las vías alternativas de resolución del conflicto como son la mediación y la remisión, no queremos dejar de contemplar, destacar y fomentar el debate que ha

generado una expectativa enorme en todo el mundo jurídico que se vio reflejado en estos dos días de Jornadas. Estamos muy orgullosos de haber podido dar debate a temas actuales y novedosos, como lo es la Justicia Penal Juvenil y su implementación.

Me parece que en la Argentina llegó el momento de reconciliación; como dijo Jorge Enríquez al principio, es un momento en el cual estamos todos tratando de hacer las cosas bien para sanar heridas. Y permítanme también esa alegoría o esa comparación, para que la sanación a la que se refiere el instituto de la justicia restaurativa nos sirva no solamente para víctima –victimario–, no solamente para trabajar en la pelea, en el combate contra el delito, contra los tipos penales, sino para imaginar que por ese camino debe transitar la reconciliación de nuestro país, en definitiva la sanación de nuestra Argentina. Gracias por este trabajo maravilloso y a seguir trabajando. Y, en ese sentido quiero saludar, agradecer en la persona de Alejandra Quintero, la gran tarea que todo el Consejo llevó adelante, para que este tema pudiera llamar la atención.

Enzo Pagani
Presidente del Consejo
de la Magistratura CABA

Edición impresa en los talleres gráficos Primera Clase Impresores, California 1231,
Ciudad de Buenos Aires, Argentina. En el mes de noviembre de 2017.
Tirada 1000 ejemplares.