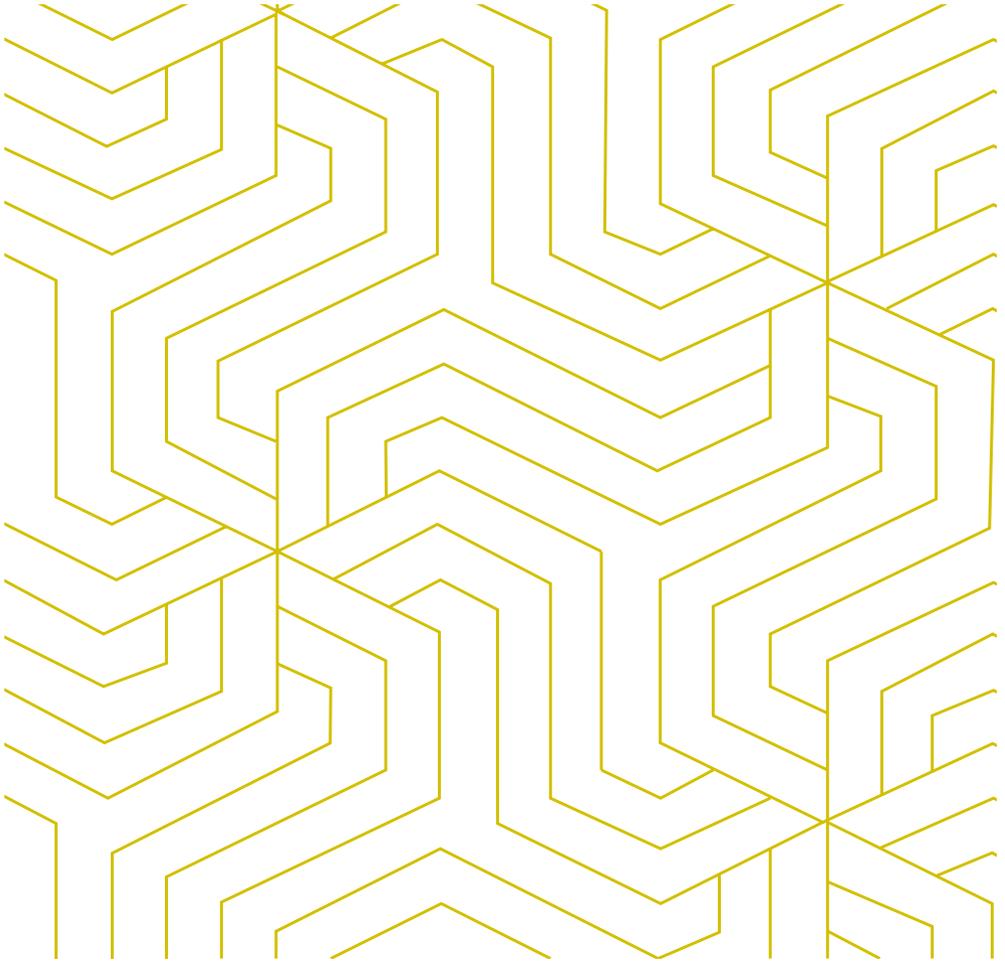


JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA

Coordinadora: **Alejandra Quinteiro**



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



Justicia Juvenil Restaurativa



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



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Justicia Juvenil Restaurativa / Atilio Álvarez... [et al.] ; prólogo de Santiago Otamendi.-
1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbares, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-155-0

1. Derecho Penal. I. Álvarez, Atilio. II. Otamendi, Santiago, prolog.
CDD 345.08

© Editorial Jusbares, 2020

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Ana Salvatelli

Miembros:

Alberto Maques

Francisco Quintana

Fabiana Haydeé Schafrik

Mariana Díaz

Sergio Delgado

Alejandra García

Editorial Jusbares

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Gerardo Filippelli

Coordinación de Contenidos: Julia Sleiman

Edición: Martha Barsuglia y María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoz, Mariana Palomino y Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



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

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1º

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Raúl Alfonsín

Alberto Biglieri

María Julia Correa

Anabella Hers Cabral

Gonzalo Rúa

Ana Salvatelli

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

ÍNDICE

Prólogo	
Santiago Otamendi	7
Presentación	
Alejandra Quinteiro	9
Palabras preliminares	
Isabella Karina Leguizamón	11
La posibilidad de una Justicia Juvenil Restaurativa en Argentina	
Atilio Álvarez	15
Antes que la confrontación, el equilibrio. Una mirada actual sobre el Derecho Penal	
Andrea Mónica Battista	34
Justicia Juvenil Restaurativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: miradas, reflexiones y desafíos	
Soledad Berraondo, Pablo A. Díaz, Sergio Gastrell, Stella Maris Margetic, Patricia C. Mazzeo, Victoria Morando, María Jimena Moyano, Laura V. Sajoux, Luis Sosa y Julieta I. Veloz Marquez	42
Los efectos positivos de la justicia juvenil con enfoque restaurativo	
Virginia Domingo de la Fuente	63
Mediación penal en adultos y jóvenes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El instituto, sus similitudes y diferencias en la regulación en el Código Procesal Penal y en el Régimen Procesal Penal Juvenil	
Gabriel Fava y Gonzalo López	78

Intervenciones socio-jurídicas, interdisciplinariedad y multiagencialidad en el sistema penal juvenil: el desafío de la complejidad Silvia Fernandez	107
Justicia Restaurativa para la seguridad ciudadana. Estudios y nuevas tecnologías de intervención en la Justicia Penal Juvenil María Florencia Graziano	119
Justicia Juvenil Restaurativa: aportes desde una experiencia de trabajo Romina Kojdamanian Favetto y Claudia Rossi	131
La interdisciplina como apoyo a la Justicia Juvenil de la Ciudad María Jimena Lugano y Alejandra Quintero	142
Aproximación de la Justicia Penal Juvenil a los valores de la Justicia Restaurativa Federico R. Moeykens	154
Justicia Juvenil, Justicia interdisciplinaria. El aporte de la mediación y los métodos participativos de resolución de conflictos Raquel V. Munt	172
La justicia restaurativa como instrumento de acceso a la justicia penal para niñas Josefina Perez Otero	182
Implementación de prácticas restaurativas en el Proceso Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires Alejandra Quintero	208
Justicia juvenil restaurativa. Los diversos usos de las medidas alternativas al proceso penal en la Argentina Carla Villalta y Valeria Llobet	242

Prólogo

En esta ocasión, tengo el honor de presentar la obra *Justicia Juvenil Restaurativa*, editada por la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Editorial Jusbaire.

Esta publicación se destaca por contener una importante compilación de artículos escritos por profesionales en la materia, en los que se plantean diversas cuestiones vinculadas a la implementación de la justicia restaurativa como mecanismo de abordaje específico para adolescentes en conflicto con la ley penal. Así, se desarrollan varios aspectos de relevancia, que incluyen desde reflexiones en torno a la multidisciplinariedad y el enfoque de género hasta experiencias en el proceso penal juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Frente al desafío al que nos convoca el Objetivo del Desarrollo Sostenible 16 de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, en reiteradas oportunidades he sostenido mi profunda convicción de que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son una herramienta determinante en la construcción de sociedades más justas, pacíficas e inclusivas, y el desarrollo de una cultura de paz.

A su vez, estos mecanismos cobran especial relevancia teniendo en consideración las características que debe tener un sistema de justicia penal juvenil ajustado al *corpus iuris* internacional, dado que su finalidad es promover la responsabilización del adolescente infractor y su reintegración social mediante un abordaje sistémico e integral, con fuerte anclaje comunitario.

En este sentido, se propone que la respuesta judicial tradicional adjudicativa sea reemplazada por un nuevo paradigma que enfatice la reparación y la participación, al tiempo que sea respetuosa con los derechos de los adolescentes. Las vías alternativas de resolución de conflictos se presentan como una forma de trabajo dirigida a generar consensos de convivencia, posibilitando la reparación voluntaria del daño causado.

Además, la justicia juvenil restaurativa promueve que los adolescentes no entren innecesariamente en contacto con el sistema de justicia penal –y con las consecuencias negativas que de por sí

ello puede acarrear en una persona en pleno desarrollo–, a la vez que favorecen la prevención terciaria, al establecer planes y programas específicos dirigidos a ofrecer alternativas de vida alejadas del delito.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sido pionera en relación con la justicia restaurativa, estableciendo ya desde la Ley N° 12 de Procedimiento Contravencional diversas alternativas a la sanción, las que fueron ampliadas en el Régimen Procesal Penal a través de la Ley N° 2303 y, específicamente para adolescentes, en el Régimen Procesal Penal Juvenil como regula la Ley N° 2451. Esta última norma estableció la mediación penal juvenil y la remisión como institutos específicos, de acuerdo con el mandato consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de imponer pena a una persona menor de dieciocho años de edad, solo como último recurso.

Teniendo en consideración la importancia de la temática, estoy convencido de que este libro contribuirá a la fructífera y necesaria discusión permanente en torno a distintos aspectos vinculados a la justicia juvenil restaurativa y, a su vez, pasará a ser un importante material de consulta en las bibliotecas jurídicas para todos aquellos que trabajamos para su fortalecimiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por último, quiero reconocer a todos los autores que aportaron sus valiosos conocimientos para que esta obra pueda publicarse, y a la Dra. Alejandra Quinteiro, titular de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, por su gran compromiso con la promoción de los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Santiago Otamendi

Juez del Tribunal Superior de Justicia
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Presentación

En esta oportunidad, con mucha alegría, presento un nuevo libro de la Editorial Jusbaire, titulado *Justicia Juvenil Restaurativa*, integrado por diferentes artículos de destacados académicos y especialistas en la materia.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño introduce el concepto de Justicia Juvenil estableciendo que todos los niños, niñas y adolescentes sobre quienes se alegue que han infringido leyes penales tienen derecho a recibir un trato respetuoso de sus derechos humanos.

La Justicia Restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo de manera diferente al sistema penal tradicional, el cual se encuentra, en estos tiempos, sumamente cuestionado por 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 procedimientos en materia penal, esto es: la sanción o “castigo” como respuesta. Es allí donde encuentran mayor desarrollo las prácticas de Justicia Restaurativa.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sido pionera estableciendo en el procedimiento penal juvenil –Ley N° 2451– vías alternativas a la resolución del conflicto, a saber: mediación y remisión.

El lector será guiado a través de los diferentes aportes para analizar y descubrir cómo en los distintos ámbitos los operadores del sistema juvenil aplican o trabajan en la implementación de modelos en Justicia Restaurativa en el proceso penal juvenil. A nivel mundial estos temas se encuentran en agenda de trabajo a través de la realización de distintos congresos internacionales y/o mesas de trabajo, donde se debate el avance en la implementación de estas nuevas prácticas en distintos países.

El nuevo material está dirigido a todos aquellos estudiantes, abogados, profesionales de la interdisciplina, operadores del sistema juvenil y todo aquel que se apasione o que anhele conocer sobre la aplicación de la Justicia Restaurativa en los procesos penales que involucran a jóvenes en conflicto con la ley penal; su elaboración tiene dos fines: que sirva tanto como material de consulta como así también que constituya una herramienta de trabajo diario.

Quiero agradecer al Dr. Santiago Otamendi por haber realizado el prólogo del presente libro, como así también a la Dra. Isabella Karina Leguizamón, quien nos acompañó con sus palabras preliminares y a todos los autores destacados que participaron y que nos ilustraron con sus conocimientos y experiencias.

También quiero agradecer a la Editorial Jusbaire, a todas las áreas que la componen por el gran trabajo realizado para que esta obra se concrete.

Deseo destacar el compromiso y dedicación brindado en la edición a cargo de Martha Barsuglia y María del Carmen Calvo, y a la Lic. María Jimena Lugano, con quienes hemos trabajado intensamente estos últimos meses ante esta situación tan particular que nos toca transitar. Así también, hago extensivo mi agradecimiento a la Dra. Julia Sleiman y a mi gran colaboradora Lorena Mesiano.

Agradezco sinceramente a la Dra. Alejandra García por el apoyo constante; aprecio especialmente la confianza durante estos años y la oportunidad que me ha brindado de poder coordinar este nuevo libro. Gracias por su valiosa contribución, compromiso y predisposición y por valorar mi trabajo.

Alejandra Quinteiro

Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil
Consejo de la Magistratura de la CABA

Palabras preliminares

En esta oportunidad he sido convocada por la Dra. Alejandra Quinteiro, coordinadora de esta nueva obra de la Editorial Jusbaire, que aborda la temática de la Justicia Restaurativa a través de la colaboración de distintos artículos elaborados por destacados profesionales sobre la temática.

Felicito a la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA por la iniciativa de trabajar estos temas tan actuales que nos hacen reflexionar acerca de la implementación de prácticas restaurativas en la justicia juvenil.

La Justicia Restaurativa está inserta en el proceso penal juvenil. Surge como primera noción general que su objetivo primordial es la búsqueda de la resolución de los conflictos; *esto implica un modelo de intervención con una mirada/perspectiva de futuro.*

Para esto se tiene especialmente en cuenta que las conductas disvaliosas no solo afectan a la sociedad sino, en particular, al propio adolescente (además de las víctimas), *personas directamente involucradas*, que sufren sus consecuencias; por lo tanto, *respecto de los adolescentes en conflicto con la ley penal, entendemos debe aplicarse un modelo de justicia que repare.*

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 adolescente; consecuentemente se impone orientar las prácticas a fin de que el sistema tenga un primer tamiz basado en el espacio de reflexión, responsabilización y valoración del mal causado. Este debería ser el primer espacio para lograr una *medida socioeducativa* reparadora y responsabilizante.

La Justicia Restaurativa, en su dimensión estricta, referida al Sistema de Justicia Penal Juvenil definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de la víctima, del infractor y de la comunidad.

Por su parte, la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa velará para que las respuestas a las infracciones penales imputadas a personas menores de edad comporten un proceso de reflexión

y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación, a la vez que establece que

Los Estados respetarán el carácter educativo de las medidas a tomar respecto de los adolescentes que han infringido la ley penal, priorizando medidas que impliquen entre otras características:

- participación de todos los implicados con especial espacio a la comunidad,
- reparación o compensación,
- responsabilidad subjetiva, reconciliación (o encuentro).

A fin de respetar el “principio de especialidad” y la mirada restaurativa se interviene desde un modelo con énfasis en el proceso, y se postula una realidad que no se puede fragmentar para entenderla, una realidad percibida como un todo y comprensible desde la realidad adolescente.

La intervención dirigida a una persona en etapa de desarrollo, de plena evolución intelectual, emocional, educativa y moral, se instituye como un proceso regido por el contenido pedagógico, que oriente y habilite al adolescente, que se presume infractor a la ley penal, a reflexionar sobre su vida.

El proceso debe respetar el derecho a ser oído de todo adolescente, y los profesionales convocados a la intervención, desde la interdisciplina, instituir una estructura que los faculte en el trabajo de empoderamiento a estos, a partir del proyecto individual y de extensión hacia la integración social, signado metodológicamente por tres ejes: el individual –personal–, el familiar –referencial– y el contextual –comunitario–.

Conferida la transferencia de las competencias en materia penal juvenil desde la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se instituye en esta el Sistema Penal Juvenil, responsable del diseño, gestión y ejecución de la política pública penal juvenil respetuosa de los derechos humanos, respecto a niñas, niños y adolescentes infractores o presuntos infractores a la ley penal inscripta en el *corpus iuris* normativo abarcartivo de la integralidad de derechos y garantías sustantivas y formales que le son inherentes, en coparticipación con el Poder Judicial Nacional, en el marco del Decreto Ley N° 22278, de los juzgados federales con asiento en la CABA, y el Poder Judicial de la Ciudad, a través de los juzgados con competencia en Responsabilidad Penal Juvenil, en el marco de la Ley N° 2451.

El modelo de intervención especializada, dirigida a adolescentes infractores o presuntos infractores a la ley penal, consecuentemente tiene como objetivo “la finalidad socioeducativa” de la medida, instaurando el carácter dual de la respuesta estatal, la que contempla la generación de condiciones apropiadas para que el adolescente asuma una posición responsable respecto de las consecuencias de sus actos a la vez que instituye un orden de protección especial atendiendo a la crucial etapa de desarrollo físico, psíquico y emocional del sujeto.

La intervención socioeducativa plantea una dimensión subjetiva (responsabilizante) y una dimensión de soporte, ligada a la realidad e indispensable para el efectivo ejercicio de ciudadanía.

Posicionarnos desde una mirada socioeducativa implica que los actores institucionales convocados a intervenir con los adolescentes lo hagan desde una concepción “pedagógica”, lo que comporta pensar en *sujetos y subjetividades*.

Implica dotar al adolescente de herramientas potencialmente útiles para su desarrollo futuro, *promoviendo el ejercicio del diálogo, la educación en valores, el respeto, la prevención de conflictos, la identificación de intereses y habilidades y el desarrollo de experiencias* que lo inscriban como “actor”, “protagonista” en la construcción de su proyecto vital que integra el respeto por los derechos propios y de terceros.

Concebir este modelo de intervención permite generar espacios de reflexión, *favoreciendo procesos de responsabilización y posibilitando instancias restaurativas*, un modelo que contempla el recupero de los espacio-tiempo “terapéuticos” individuales, en los que el ejercicio de una mayor abstracción positiviza la revisión del posicionamiento inicial (la infracción y/o presunta infracción a la ley) para, tras revisar circunstanciadamente *el cómo, cuándo, por qué, para qué de la acción*, habilita el circuito de la palabra, la asunción de responsabilidades y la propensión a la acción que *repare*.

Y en particular cuando el modelo contempla no solo la participación/reflexión del adolescente ofensor, sino que involucra la participación de la víctima y la comunidad, promoviendo la construcción de relaciones y reconciliaciones, así como el desarrollo de acuerdos, necesariamente adaptados a las necesidades socioculturales de los actores involucrados.

Todo cambio de la conducta humana, sea individual o colectiva, técnicamente depende de la difícil tarea y de la necesaria instalación

de capacidades para combinar estrategias de acción, las formas en que estas se organizan y de los discursos que se escriban e inscriban. Por ello, este aporte sobre las temáticas nos alienta a proseguir en el proceso de construcción...

Isabella Karina Leguizamón
Presidenta del Consejo de Niñas, Niños
y Adolescentes GCBA

La posibilidad de una Justicia Juvenil Restaurativa en Argentina

Atilio Álvarez*

¿De qué vamos a hablar? De un título donde, saben, aunque yo respeto la opinión de todo el mundo, sacaría una palabra: “penal”. Porque la especificidad de la justicia juvenil nos lleva a eludir el término “penal”.

La Justicia Juvenil no es una justicia penal especial, es una justicia “específica”. Así lo dice el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas”. Entonces no es una partecita especial de la justicia penal, sino una justicia específica. Ahí se juega la diferencia. Como los clásicos decían: el error al principio es mínimo y es máximo en el desarrollo. Como los ángulos: no notamos la pequeña apertura de un ángulo en el vértice; la vamos a notar cuando se proyecta al infinito. Pero respeto muchísimo, sobre todo lo que me han enseñado mis abuelos, a respetar siempre al dueño de casa y a saludar en la persona de la Dra. Alejandra Quintero y a todos los que han organizado bajo ese nombre de Justicia Penal comúnmente usado.

Vamos a hablar de la Justicia Restaurativa y de la posibilidad de que la República Argentina pueda avanzar en este modelo, para lo cual siguiendo con una lógica que puede ser reversible voy a comenzar con una definición. Habitualmente mi marco teórico me lleva a culminar con una definición o cuasi definición, pero para que ustedes sepan de qué estamos hablando voy a mostrar ahora esta definición. La elaboró un grupo de colegas hace unos años en un postgrado en que doy clases desde hace más de una década, en una Universidad de Bogotá; todos ellos con mucha experiencia, eran defensores de familia que allá son

* Defensor público de menores e incapaces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vicepresidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional por el Ministerio Público de la Defensa, vicecoordinador del bloque de Defensores Públicos del Mercosur y Secretario General de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF).

administrativos, jueces, secretarios, fiscales. Hicimos un simulacro de reunión de Naciones Unidas y después de empapelar con carteles con términos, casi como en un torbellino de ideas, los colegas acordaron esta aproximación. Por Justicia Juvenil Restaurativa entendemos:

Es un modelo de intervención social que procura que los adolescentes en conflicto con la ley penal, las víctimas, sus familias y la comunidad, se integren en relaciones positivas, logren actitudes de responsabilidad en los autores y la reparación posible de los daños sufridos, a través de programas y métodos distintos del proceso judicial de responsabilidad penal.

Propongo esta definición. No la impongo ni es la ortodoxa. Muchas cosas de las que voy a decir hoy tampoco pertenecen a la ortodoxia. ¿Qué será en esto la ortodoxia?

Veamos los elementos de esta propuesta de definición de Justicia Juvenil Restaurativa:

No voy a discutir qué es un modelo porque nos llevaría siete días intentar concordar en el concepto de modelo y quizás no lo lograríamos, pero sí profundizaré en la especificación de *intervención social*.

No es un modelo jurídico o al menos exclusivamente jurídico. Hablar de Justicia Restaurativa es derribar el ídolo del proceso. Muchos de nosotros somos abogados y sabemos lo que eso nos cuesta. Su Majestad el Proceso es destronado por una intervención social mucho más amplia donde aparecen elementos jurídicos, sin lugar a dudas, pero actúan todos los elementos interdisciplinarios. Es por ende un *modelo de intervención social* que amplía la mira del modelo procesal jurídico. De allí que el primer debate que tenemos nosotros, y reitero que acepto a quien piensa distinto, es con quien dice “Esto es un abandono de las garantías del debido proceso”. Tengamos cuidado con eso, porque no se trata de abandonar las garantías, se trata de tomar un camino distinto del procesamiento, del reinado de Su Majestad el Proceso.

Es cierto que hay formas de Justicia Restaurativa que suponen el proceso y actúan a posteriori del mismo, como las prácticas restaurativas en la cárcel, sin lugar a dudas. Pero parecería ser que el núcleo más puro de lo restaurativo va a la raíz misma del conflicto. Primero en la prevención, sin lugar a dudas, y segundo en la remisión o desvío como dicen los europeos, en el momento de decidir si procesar o no al adolescente. Por eso es importantísima la función del Ministerio Público que tiene en sus

manos la acción pública. La opción del Ministerio Público entre instar la acción pública o buscar un camino distinto es esencial en el tema.

La Justicia Juvenil Restaurativa es un modelo de intervención

No es un modelo de no hacer nada. El comentario de la Regla 11 de Beijing establece que a veces es mejor no hacer nada; y yo tomo distancia en esto, porque en América Latina no hacer nada es dejar al joven a su suerte. No es no hacer nada sino es hacer otra cosa, más difícil incluso, y más compleja. No más cara, porque nada es más caro que el proceso y nada es más caro que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Es más difícil por la integración y articulación de efectores, porque cuando se trabaja en una intervención social compleja de modo restaurativo, aparecen todas las insuficiencias de los sistemas.

Por eso no es “no hacer nada”, es hacer “otra cosa” que *procura...*

Gran debate ¿acaso asegura...? Yo dudo mucho cuando alguien me dice “tuve el 100% de éxito con tal sistema” y crudamente pienso: o tuvo un solo caso con lo cual el 100% éxito o el 100% fracaso es aleatorio; o me está macaneando. Los resultados de 100% o 95%, cuando vamos sobre terreno, generalmente son un puñadito de casos cuidadosamente seleccionados. Cuando todo viene en masa, cuando todo llega mezclado como viene la realidad, tenemos éxitos y tenemos fracasos. Nosotros no, sino la gente.

El desafío es que debemos hacer todo lo posible por facilitar lo que ellos mismos, los chicos y sus familias, van logrando. Acá hay un cambio de protagonismo. Por eso nos cuesta dejar ese protagonismo con 2500 años de ciencia. Los abogados y los médicos pertenecemos a las ciencias más antiguas del mundo. De allí que nos llaman por el nombre de doctores, los que más saben, los más doctos. Por eso nos llamamos letrados y a los otros les decimos legos; por eso hablamos nuestra propia jerga, para diferenciarnos del resto de la gente. Por ejemplo, aconsejamos jurídicamente “pague el aumento del gas y después repita...” La gente nos mata si le decimos que tiene que pagar otra vez el aumento retroactivo. ¡No! “Repitan” es que te devolverán. Para nosotros los abogados. Para el común de la gente es otra cosa. Tenemos que empezar a hablar como habla

la gente, para que no nos vayamos aislando cada vez más de la sociedad. El puente roto entre la justicia y la sociedad lo vamos a reconstruir con estas formas de intervención, porque lo rompimos nosotros. Entonces la Justicia Juvenil Restaurativa procura, no asegura “que los adolescentes en conflicto con la ley penal, la víctima, y sus familias...”.

Aquí hay defensores y sabemos que el peor caso se da cuando la víctima y el victimario forman parte de la misma familia. Donde mamá no sabe qué hacer ante el abuso sufrido por su hijo de ocho años por parte de un hermano de trece. Cuando son de distintas familias tenemos modos de abordaje más claros.

¿Y cuando los adolescentes y sus familias integran la misma comunidad? Antes, cuando la delincuencia tenía códigos, no se robaba donde se vivía, ¿se acuerdan? Entonces las comunidades estaban distantes. Ahora esto se ha perdido. La familia de la víctima y la del victimario pertenecen a la misma comunidad. Por eso se ven los linchamientos, las expulsiones, el incendiarle la casa a la familia del adolescente autor. Los que trabajan en el Gran Buenos Aires saben que eso es moneda corriente, porque se perdió un último código que era el de actuación territorial distinta.

No solamente el niño es el protagonista. En el Derecho Penal liberal jamás voy a pretender que intervengan en el proceso otros que no tengan nada que ver en el hecho. Es un Derecho Penal donde quien responde es la persona que infringió la ley. En esa mentalidad clásica está bien. Pero la Justicia Juvenil Restaurativa, que es un campo distinto, implica una apertura impresionante a múltiples actores y efectores porque deseamos que todos ellos *se integren en relaciones positivas*. Que vivan en paz. Puede ser, pero sin pan no hay paz. A lo mejor no se vive plenamente en paz, pero pueden lograr integrarse en relaciones positivas, pueden intentar que el hecho negativo que está en el sustrato del conflicto se transforme en una relación positiva. Es un modo de decir y de desear; sobre la marcha se verá el grado de relación positiva, qué logros, qué pasitos, qué poca cosa se obtiene. Pero es lo que habremos logrado con ellos, frente a la opción de otra respuesta inútil.

Relación positiva es la normalización de las relaciones, es retomar la escuela, es acompañar el tratamiento, es entender en razonamiento concreto que se ha hecho daño a una persona y no al Código Penal.

Esto también es crucial en la Justicia Juvenil Restaurativa.

Los que no saben distinguir entre responsabilidad personal y responsabilidad jurídica siempre irán tras el recurso de casación. Y llegarán tarde, con nuevos hechos y con las vidas destruidas.

La responsabilidad personal concreta directa es previa, tanto lógicamente como en la génesis del pensamiento moral. El niño no desarrolla ni conocimiento ni pensamiento moral en abstracto sin pasar previamente por el pensamiento concreto y por una larga etapa de transición.

Estoy haciendo referencia a Jean Piaget. Soy maestro de grado de primer oficio, y sé que el niño no puede llegar a una responsabilidad abstracta. No puedo creer que se quiera incriminar a adolescentes por delitos de un grado de abstracción tal que ni nosotros los entendemos: “tentativa de sedición” ¿Qué es? He visto chicos condenados en el Perú de los noventa por jueces anónimos, solo numerados, por traición a la patria y tentativa de sedición. No hablaban castellano. ¿Cómo podemos incriminar conductas de una abstracción tal que el grueso de nuestra población no termina de entender? Y que incluso históricamente es tremendamente discutible, porque sin lugar a dudas San Martín fue un sedicioso y traidor al juramento de fidelidad al rey para los realistas. Por eso no pudo pisar España en su exilio europeo, y sí lo hizo Rivadavia.

Hay que ser muy cuidadoso sobre cuál es la génesis del pensamiento que va desde lo concreto a la transición y, si puede, alcanzará lo abstracto. Esto acompaña la responsabilidad ética que también nace desde lo concreto, va pasando por una transición y no sé si llega a lo abstracto que es el cumplimiento del deber, el deber kantiano. Cualquiera que trabaja en los barrios sabe que hablar en abstracto con los jóvenes es un absurdo en nuestra realidad cotidiana. Dicho con crudeza: el chico comprende que violó a Norma, su vecina, pero no que violó la norma, porque violar la norma es un pensamiento abstracto al que podrá llegar o no.

Entonces, otro objetivo es *lograr actitudes de responsabilidad en los autores*.

Y también, *la reparación posible de los daños sufridos*.

Acá se suscita un gran debate entre quienes confunden, a mi entender, o asocian, según ellos, Justicia Restaurativa con indemnización. La reparación no es la indemnización, aunque puede incluirla sin dudas. Es algo mucho más amplio y más complejo; incluye formas directas e indirectas de reparación, y además puede o no ser posible.

En cuanto sea posible. No siempre lo es. Esto es un elemento que ayuda al cambio de visión y al cambio de actitud. No es el caso del papá pudiente yendo a pagar los platos rotos del hijo. No es eso Justicia Restaurativa. Porque los que tenemos experiencia de años vemos a papás de chicos que arreglan, en su época con un cheque, ahora con una transferencia bancaria, los desaguisados que hizo su hijo. Y avanzando un poco vamos a mostrar en forma encarnada cómo la indemnización no es la reparación, o por lo menos no es la única forma de reparación.

Las herramientas son instrumentos que parten de una visión de principios y avanzan hacia una finalidad que se logra o no, pero quien considera que la Justicia Juvenil Restaurativa es una caja de herramientas está haciendo una mera tecnología. No estoy en contra de ello, y felicito a quienes van afilando y ajustando el instrumental, pero no comparto que se confunda la técnica con el modelo en sí mismo, porque las técnicas siempre son por lo menos subsidiarias y servirán para un caso y no para otro, y no por eso salgo del modelo. Y en un caso trabajaré con mediación y en otro trabajaré de otro modo. En un caso haré círculos restaurativos y en otro haré cuadrados porque lo que importa son los principios y la finalidad, y no la técnica.

En el medio, como en el campo hay muchas sendas para llegar al poblado, buscaré caminos distintos del proceso de responsabilidad penal. Para mí esta es la esencia de lo restaurativo. Quiere decir que se puede hacer antes, durante y después del proceso. Lo esencial del modelo es que intenta hacerlo por un camino distinto del proceso. ¿Por qué? Porque consideramos que lo que estigmatiza y lo que daña no es solo la condena o la condena privativa de libertad. O, perdón, debo decir las medidas socioeducativas privativas de libertad, que no son penas. Ocho años de privación de libertad no es pena, es una medida.

Ocho ¿Por qué ocho? Si siempre son cinco ¿Por qué cinco? ¿Por qué la mayoría de las legislaciones de América Latina determinan cinco años? Y después la presión social lleva a ocho, a diez, a quince. ¿Por qué empezamos desde cinco? ¿Me permiten que haga un paréntesis y les cuente? Esto lo aprendí de un juez ya retirado, Michael Corriero, de familia italiana, que fue juez del Bronx, en Nueva York. Con Michael hemos caminado América juntos y nos hemos encontrado en otros lugares también. Tiene un libro hermosísimo: *Juzgar a los niños como niños*. Él vivió el comienzo del cambio de legislación, el viento que heredamos nosotros.

En América Latina hemos tenido vientos cruzados, que es lo más peligroso: por un lado la suave brisa de la Convención, que nada dice en cuanto a que haya que incriminar tempranamente a los niños. Pero paralelamente nos llegó un viento del norte. Que es el viento de la reforma neoyorquina de 1978 y les pido disculpas si les parece ocioso lo que les digo, pero lo tenemos vivo entre nosotros. Porque lo que heredamos no es el sistema norteamericano sino específicamente el sistema neoyorkino.

¿Qué había pasado? Nueva York de los setenta, harta de crimen y droga. *Taxi Driver* de Martin Scorsese la pinta entera. Dura campaña electoral, en la que el candidato a vicegobernador Mario Cuomo, histórico político demócrata, luego varias veces gobernador, defensor de los derechos civiles y enemigo de la aplicación de la pena de muerte, enfrentaba la reacción republicana de Reagan. En una utilización electoral similar a la de nuestros países, los republicanos ofrecían la mano dura como promesa electoral y decían que la culpa del auge del delito era de los que defendían los derechos de los delincuentes. Época del crack, cuando las empresas de turismo aconsejaban que había que ir con 13 dólares para dar ante un asalto inmediatamente, porque era lo que los delincuentes querían para comprar la dosis de heroína. En medio de la campaña –¡esto no pasa aquí, por favor!– un muchacho de 13 años asalta en el Metro y mata a dos honestos ciudadanos de mi edad. Los republicanos sacan las garras y centran allí la campaña. Rápido, con los reflejos del gran político que fue, Mario Cuomo propone de inmediato la reforma legislativa, saliendo del sistema tutelar de 16 años como edad mínima para la incriminación penal.

¿Se dan cuenta del manejo, del reflejo electoralista de ambos sectores? En Argentina no puede llegar a pasar nunca algo similar porque todos nuestros gobernantes son estadistas que no legislan para la tapa de los diarios sino para el futuro y para el bien de los niños.

Los demócratas de Nueva York propusieron para el Estado tres estándares:

- a) baja de edad de incriminación a los 13 años,
- b) medidas privativas de libertad de hasta 5 años ¿por qué? Porque $13 + 5 = 18$ años, y después rige el Derecho Penal de adultos. Por eso los 5 años que aparecieron en casi todas las leyes de América Latina, y

- c) la tercera que es la peor de todas: juzgamiento de los casos más graves diferenciados de los casos más leves. O sea, los casos más graves son derivados a la ley de mayores con jueces de mayores (el catálogo de casos graves es universal).

Entonces el juez, y esto es lo que critica Michael Corriero, primero ve el caso, apenas denunciado el hecho, y dice si va a ser de intervención del juez tutelar, que sigue existiendo, o si va a ser derivado a un sistema de juzgamiento más estricto, con Código Procesal de mayores, catálogo de adultos y juez de adultos.

Es el sistema que hoy tiene Chile, y es el que quieren tomar para todo el continente, cuarenta años después de creado en Nueva York. Reitero, esto no es novedoso, es del año 1978.

Por eso el Departamento de Estado se negó a aceptar la formulación del entonces artículo segundo, ahora tercero, del llamado Proyecto Polaco de Adam Lopatka, primer borrador de 19 artículos de la futura Convención sobre los Derechos del Niño, que decía que *el interés superior del niño es la consideración primordial*. Y por eso se bloqueó tres años el debate. Tengo acá el gusto de que me acompañe una persona que ha estudiado en detalle este tema desde el origen del debate, la Dra. Verónica Polverini, que escribió una reseña de este debate.¹

Tres años se bloqueó el tratamiento hasta que el presidente de Comisión dijo, según actas, que para salir de este impase aceptemos el proyecto del Departamento de Estado, no pongamos en el artículo “la consideración principal será”, sino *una de las consideraciones será*, que es lo que tenemos ahora en el artículo 3 de la Convención, porque venía la línea dura desde el mismo sistema anglosajón.

En el sistema anglosajón que, a principios del siglo XX, y desde fines del siglo anterior había inventado el “tutelarismo”, que trataba al menor infractor como “el pobrecito”, “el que no es culpable de nada”, “el niño que nace bueno y la sociedad lo pervierte”. Ese mismo sistema entró en crisis en los EE. UU. en 1967, con el caso “Gault”.² Pero a lo que nosotros nos llega no es el fallo sobre el caso de Gerry Gault, que favorece a un adolescente del Condado de Gila, Arizona, que molestaba

1. Polverini, Verónica, “El origen del concepto del interés superior del Niño”, en Revista *Justicia para Crecer*, N° 14. Disponible en: www.justiciaparacrecer.org

2. Caso “Gault”, Corte Suprema EE. UU., 1967.

telefónicamente a una vecina, sosteniendo que debía tener ante los tribunales las mismas garantías de los jóvenes imputables. A nosotros nos llegó la línea dura de bajar edades, subir tiempos de privación de libertad que es la neutralización de la adolescencia y dividir el juzgamiento. Esto último por lo que dicen que el adolescente hizo, no porque lo hayan probado. De allí el error grave de dividir el juzgamiento.

Lo que nosotros necesitamos en Justicia Juvenil Restaurativa es distinguir ¿Se aplica para todos los casos? No, señor. Porque procura tener la opción primera de avanzar en un camino o en otro. ¿Y habrá casos de procesos juveniles? Sí, señor, habrá casos de procesos: la mayoría o la minoría de ellos, dependiendo de cómo se trabaje.

Yo asesoré, aconsejé un programa en Perú en un cerro de Lima, “El Agustino”, con 180.000 habitantes (comparable en Buenos Aires con Ciudad Oculta o Villa Carlos Gardel, por ejemplo). Empezamos un programa que tenía como objetivo la defensa inmediata. Apenas era detenido el chico, el defensor se presentaba a cualquier hora de la noche con un pequeñísimo equipo interdisciplinario, dos personas, no más, mientras otro equipo contenía la situación de la víctima. Al principio el fiscal no se animaba a remitir, tenían en la ley la remisión (durante años habían tenido solamente tres casos, los tres de nivel económico superior).

Cuando el fiscal comenzó a remitir los casos de a uno y vio los resultados llegó a tener el 52% de remisiones. Y ese fiscal que no acusaba ganó el Premio a las Prácticas de Seguridad Pública dadas por el *establishment* de Lima, incluidos bancos y diarios, porque el resultado había sido absolutamente novedoso. Todos sabemos, si somos del oficio, que un chico bien atendido significa cuarenta hechos menos, no uno. La proporción chico transgresor-hecho es absolutamente desproporcionada porque ningún adolescente planea el robo del tren blindado para obtener recursos para el resto de su vida. Se llevan un objeto y mientras tienen plata no cometen otro hecho. Cuando se les acaba cometen otro delito. Uno tras otro.

Entonces, es posible aplicar Justicia Juvenil Restaurativa. ¿Se puede hacer en todos los casos? Creo que no. ¿Se debe comenzar por los casos más graves? Sería una falta de sentido y de prudencia en el operador. Yo siempre dije comencemos con los chicos más chicos, con los casos más leves y vayamos subiendo en edad y gravedad. Avancemos a medida que el sistema gane confianza y los propios operadores en

la propia comunidad empiecen a fortalecerse. Soy propulsor de este modelo, que para mí supera el tutelarismo porque no es un modelo de irresponsabilidad sino de otro tipo de responsabilidad. Porque en aquel modelo individualista sacaba al niño de la comunidad “que lo pervierte”, lo ponía en el instituto y después lo devolvía a la comunidad. Y nos dábamos cuenta que salía igual o peor, y entonces la culpa es del gen. Claro, antes brutalmente decíamos “la cabra para el monte tira”, pero ahora es el “gen de la violencia”, como predicaba el diputado Borocotó.

Lo cierto es que el fracaso del tutelarismo es evidente, no solo desde lo teórico. Al tutelarismo lo hemos matado o visto morir, pero ojo que los muertos que vos matasteis gozan de buena salud y andan caminando dentro de algunos de nosotros, si nos descuidamos. El tutelarismo que muere no puede ser reemplazado con un regreso al retribucionismo del siglo XIX, el neo retribucionismo. Postura que seduce porque le agregamos las garantías procesales, y nos convence porque atenúamos la respuesta punitiva, por eso yo suelo llamarlo “neo retribucionismo atenuado”.

Sigue siendo retribucionismo aunque acorte la respuesta penal, como siempre lo fue en la historia. Y siempre adaptamos el juicio a la infancia. En el caso de James Bulger –el niño de tres años asesinado en febrero de 1993, en Liverpool– pusieron a los dos acusados niños de diez años, a los que hubo que cambiarle apellidos y todo dato, en juicio de adultos en Inglaterra, no llegaban a la barandilla de los acusados. Se la adecuaron, poniendo un taburete para que parados sobre el mismo llegaran a la altura. Y, cegado, el niño autor del hecho, juzgado en juicio público, por cien flashes de los periodistas presentes gritó “¡papá... papá!”. Él, que a los diez años había matado a un niño de tres años.

Entre nosotros, Argentina superó el horror del caso “Bulger” en 2008, con el asesinato de Milagros Belizán, una nenita del Barrio San José, en el Partido de Almirante Brown. Dos años apenas, ahorcada con cables por dos chiquitos de 7 y 9 años. Esos dos niños eran hijos de una mamá adicta que había desaparecido, estaban a cargo de la abuela, que los golpeaba con cables. Una hermanita había desaparecido apenas nacida, nadie preguntó. Los chicos habían dejado el colegio un año atrás, y nadie hizo nada. La abuela recibía planes sociales, pero nadie había ido a ver nada. Los chicos hicieron algo horrible ciertamente. O sea que yo hablo del caso “Bulger” porque en nuestro país también se dan estos hechos.

Así como sinceramente creo que este modelo de Justicia Juvenil Restaurativa es una salida superadora frente al retorno al retribucionismo crudo o atenuado, no caigo en la trampa de discutir la atenuación. No se trata de debatir sobre más o menos años de medidas; se trata del sentido del modelo. Y también digo que es una transformación profunda del tutelarismo. Porque lo peor que nos podría pasar es volver al neotutelarismo garantido. Hay que estar alerta frente a la idea de un neotutelarismo (“vení que yo te cuido, pero tenés garantías porque tenés recurso de casación”). Atención que esa es una pésima solución. Ante ese falso péndulo de la historia, neoretribucionismo o neotutelarismo, y para peor administrativista, la solución es salir por arriba. Y salir por arriba es pensar de modo distinto y es lo que quiero compartir con ustedes de modo políticamente incorrecto, sin nada que pueda ser leído como reticencia.

Existe el peligro de no tener en claro o no estar de acuerdo en qué es una Justicia Juvenil Restaurativa ¿Por qué? Porque si no aclaramos lo que es, si no nos ponemos de acuerdo en ello, vamos a estar hablando todos de lo mismo pero de forma distinta. Hace años sostuve en un congreso en Lima: “en la próxima década todo el mundo hablará de Justicia Juvenil Restaurativa, pero no todos hablarán de lo mismo”.

Y para analizar eso tenemos que desagregar elementos como en un laboratorio. Me voy a atrever a hacer, con sumo respeto a todas las personas sabias que se han dedicado al tema, una visión de fuentes de la Justicia Juvenil Restaurativa según como lo veo.

En la primera fuente invoco a mi amiga Virginia. Es el movimiento que da el nombre, el que da impulso hace ya cuarenta años, es el pensamiento restaurativo que tiene como padre a Howard Zehr, en *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*.³ Nadie que transite este tema lo deja de leer. Inventa el tema, lo descubre y lo coloca a nivel mundial. Le debemos el famoso cuadro de referencia entre justicia tradicional y justicia restaurativa. Pero atención, con todo el honor que le debemos a Zehr, porque tenemos que tener en cuenta que acá hay una profunda inspiración de sentimiento religioso menonita, que puede hacernos equivocar en determinado momento. Para tomar estas ideas tenemos que saber la contraindicación. Hay en Zehr una referencia o una nostalgia de lo preestatal. En el propio

3. Zehr, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Intercourse PA, Good Books, 2002.

pensamiento hay una idea preestatal y por eso digo “atención”, con todo respeto, que una cosa es ser preestatal en Nueva Inglaterra, otra cosa es ser preestatal en Escandinavia y otra cosa es ser preestatal en América Latina, porque en muchos de estos temas nosotros vamos a ver cuál es el rol del Estado, que consiste en actuar bien, no en la inacción.

Más adelante tenemos las escuelas de solución alternativa de conflictos y la mediación, o sea la escuela que empieza con el arbitraje y después con la mediación. El arbitraje nace entre comerciantes que no quieren mostrarle sus libros al juez. Por eso toda esta escuela, pongo a Harvard como ejemplo, es una escuela “paraestatal”. Si en Howard Zehr hay una añoranza de lo preestatal como un paraíso perdido, estas escuelas tienden a ser paraestatales. Algunos dominan esa tendencia y actúan derivados desde una intervención estatal, pero hay quien puede no hacerlo y entonces sostienen la idea privatizadora de lo paraestatal en América Latina. Cuidado con esto y cómo compramos esa idea, porque en nuestros países, donde el Estado no llega o se retira –y bastante se ha retirado y no ha llegado– quien domina la situación es el poder local fáctico, desde el dueño de la *fazenda* hasta el cartel. Entonces atención con lo paraestatal o la privatización como desiderátum único del tema.

Ahora ¿es la mediación la única forma de aplicar la Justicia Juvenil Restaurativa? O sea, ¿es idéntico mediación a Justicia Juvenil Restaurativa? Pareciera ser, desde mi punto de vista, que no. La mediación es un instrumento muy bueno, uno entre muchos. ¿Y cuáles son los límites? El límite fundamental es la igualdad entre las partes, no hay mediación en desequilibrio ¿Y cómo hacemos para igualar en la balanza a quien tuvo poder sobre la víctima en el momento del hecho? Pero hoy no solamente no lo tiene, sino que está aplastado por el sistema. La igualación propia en la mediación es todo un desafío. Esta fuente llega con fuerza y la asumimos pero tenemos que asumir los problemas que también trae.

Y si seguimos analizando aparece algo que rompe todo lo anterior y que es la *victimología*.

Nuestra ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos N° 27372, de julio de 2017, dejó pasar la oportunidad para ser realmente un avance victimológico asociado a lo restaurativo. Terminó siendo una ley para crear querellantes gratuitos en el Fuero Federal. Asumo lo dicho, ninguna de las instituciones de las que integro ha hecho esta manifestación, esto es personal. Si es poner un querellante

gratuito asociado al fiscal, pero provisto en el campo de la defensa, porque también vienen de ahí los problemas, y en consecuencia toda acción tiene querrela y toda causa tiene acción y recursos por un querellante que no sea el fiscal, perdimos la oportunidad.

No estoy en contra de eso y he aplaudido a los colegas que así lo han planteado en sus exámenes. Pero perdimos la oportunidad porque no toda cuestión es querellable ni reparable. Y para probarlo, me voy a dar el lujo en este ámbito de remontarme a los orígenes de nuestra cultura y tomando a un autor clásico voy a representar un pequeño episodio de teatro improvisado para que nos demos cuenta realmente de qué es reparación y qué es lo que está pasando por dentro de nuestra cultura desde hace siglos. Voy a tomar un episodio de Cervantes cuando Sancho Panza hace de juez en la isla, que no tenía río ni mar que la rodeara. Una ínsula mediterránea. Lo que está contando irónicamente es la mentalidad de su tiempo, no la favorece, la está criticando.

Interpreto a Sancho Panza. Vamos a juzgar un caso difícil de violación. Voy a pedir un asistente; Don Luis, por favor, Ud. será Don Luis del Castillo. Voy a pedir una víctima, Doña Paula del Toboso, que viene a pedir justicia porque, lo señala, Don Luis la violó en medio del campo. No quiero hacer menciones a distinguidos juristas, pero claro, de allí nos viene que como Luis no es un noble basta un testigo; si fuera noble necesitaría dos. Pero ella puede ser testigo en su propia causa, ustedes se imaginarán a qué me estoy refiriendo, a un estudio doctrinario contratado por quien no debía haberlo contratado para defender el caso Grassi. “Testigo único, testigo nulo” y “nadie puede ser testigo en su propia causa”. “De aquellos polvos se hicieron estos lodos”; esto regía en aquellos tiempos.

Entonces ella me cuenta en la oreja, reservado, por favor, que no tenemos cámara Gesell, todas las barbaridades que hizo en el campo Don Luis del Castillo. Lo cito a juicio. ¡Venga para acá que os atizo con el bastón! Si ha hecho esto a esta dama debe reparar el daño. Entonces vaya preparando en esta bolsa cien ducados de oro para darle como indemnización. ¿Se acuerdan el daño moral o “el precio del dolor”?; es una cita del Talmud.

— En esta bolsa pon tus cien ducados. ¡Pon la billetera entera o te atizo con el bastón! Dele a ella la bolsa. Y ve en paz mujer que ha sido reparada la ofensa que has sufrido de este delincuente. Vete por allá, despacito por allá.

- Ven tú para acá, Don Luis, ve rápido y quítale la bolsa.
- ¿Qué pasa allí? ¿Qué lío es esto, mujer?
- Que me quiere quitar la bolsa que me ha dado Ud., Señor Juez.
- Pero venid para aquí los dos. Mujer, ¿no te ha podido quitar la bolsa? Pues caso resuelto, si hubieras defendido tu honor como defendiste la bolsa no estarías aquí. Devuélvele la bolsa y vayan en paz.

Esto está en nosotros, lo que marca Cervantes en 1600 está por dentro de nosotros. Esto es reparación del delito ¿la bolsa? El caso es grotesco porque pone en el nivel más alto el problema. Y el prejuicio contra la víctima, porque el final del caso es absolutamente tan prejuicioso como lo es ahora. Entonces, no necesariamente la relación víctima-reparación implica lo restaurativo, lo puede integrar. Para nada me opongo a que indemnicen a la víctima, pero no unifico en ello la respuesta.

Y si ustedes me permiten seguimos con otro río. Estos ríos están más cerca, no son del Bermejo, del Pilcomayo, que traen agua de Bolivia; estos ríos son de por acá. Tiene que haber para hablar de Justicia Restaurativa una idea clara de *Derecho Penal mínimo*. No de abolicionismo penal. Yo me confieso no abolicionista, sé que algunos de ustedes lo son, lo respeto muchísimo pero a mí la realidad me dice que como el grueso de las víctimas en América Latina y en nuestro país son pobres y débiles, el abolicionismo los dejaría aún más débiles y más indefensos. Con todo respeto al pensamiento, creo que lo correcto es un Derecho Penal mínimo.

Si yo por lo contrario creyera que todo se soluciona a punta de Derecho Penal, no podría hablar de Justicia Juvenil Restaurativa, que está en las antípodas de eso. Salvo que amplíe la incriminación a todo lo que se me da la gana y solo deje como juguete para tranquilizar conciencia algunos casos de bagatela para tratarlos con técnicas restaurativas.

Y si seguimos ya nos vamos a otro planteo, el *Derecho Penal de tercera vía*.

¿Por qué? Porque el Derecho Penal liberal es un derecho basado en la teoría del delito y la teoría de la pena. Cuando llega el pensamiento positivista, que lo relacioné con el diputado del gen de la violencia que es un Lombroso actualizado, aparece la medida de seguridad. Atención con la expansión de la medida de seguridad. Eso es fruto del positivismo de Ferri, es la etapa positivista.

Y lo digo con temor y temblor y no porque crea que sus creadores hayan sido perversos; el Derecho Tutelar en menores tuvo mucho que

ver con el Derecho Penal positivista. Porque lo que utiliza es una medida que se vincula con el acto delictivo, que no guarda proporción con ese acto, y que se mantendrá mientras el joven no cambie su conducta. Por eso aparece en la segunda mitad del siglo XIX junto con el positivismo penal. Pero aun sosteniendo la medida de seguridad como posibilidad aparecen las ideas de tercera vía.

Hay posibilidad de un Derecho Penal de tercera vía. ¿Por qué digo esto? Porque no quisiera que a los que sostenemos la posibilidad de un modelo restaurativo se nos trate de damas tomando el té, que estamos haciendo beneficencia, somos gente buena que le acariciamos a los nenes la cabeza, con guantes.

No es eso, esto es un movimiento científico. Todo lo demás puede ser emotivo, lindo, feo, malo o bueno. La idea es poder responder de forma distinta a la aplicación de la teoría del delito y de la pena o la medida de seguridad, aun reducida en su mínima expresión. ¿Existe esa tercera vía de responsabilidad? En efecto, aquí se juega la viabilidad de lo restaurativo.

Pero desde mi punto de vista en Justicia Juvenil Restaurativa el río que aporta fuerte, el que trae el grueso del agua limpia son los mismos instrumentos fundantes de nuestra ciencia.

No lo voy a transcribir porque todos lo conocen: el artículo 5.5 del Pacto de San José, el texto que relativiza la idea de procesado o condenado. Porque si toman como fuente el artículo 11.2.b. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y lo colocan al lado de nuestro Pacto, se darán cuenta de cómo corregimos los latinoamericanos el texto hoy vigente con rango constitucional.

Ya no hablamos de “los menores procesados estarán separados”; decimos “cuando puedan”, quiere decir que puede haber algunos que no sean procesados. ¿Quién retoma esto? La Convención, “aquellos de quienes se alegue, a quienes se acuse o se condene” triple distinción que formula el artículo 40; no ya procesados o condenados. Entonces en nuestro mismo Pacto fundante de derechos humanos tenemos la posibilidad de un no procesamiento.

No solo eso, cuando vean las diferencias, las tres diferencias entre las fuentes: 11.2.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y esta formidable, dichosa rectificación que nuestros padres

hicieron en el Pacto de San José de Costa Rica, se van a sentir orgullosos de ser latinoamericanos.

También se expresa en esto la regla 11 de Beijing, aun con la diferenciación que hago en cuanto a mejor es no hacer nada, y aun con la distancia que tomo en Latinoamérica cuando dice que la policía puede remitir. No lo considero viable en los sistemas de nuestra región. La remisión la puede hacer el Ministerio Público Fiscal, puede ser a pedido de la Defensa, sin lugar a dudas, o puede ser judicial, desde mi punto de vista. No policial porque estaríamos haciendo algo peor, sería “peor la enmienda que el soneto”.

Y finalmente el artículo desconocido; porque provocho, pregunto y apuesto la bolsa entera de Luis. ¿En qué folleto en colores, de la época de los vientos de la Convención, está el artículo 40, 3.b? ¿Quién lo lee? A ver, con sus máquinas infernales, quién lee el artículo desconocido. El que no está en ningún folleto de divulgación, ni de la primera oleada ni de la segunda. Recién ahora nos damos cuenta que nos está diciendo algo que no hicimos. ¿Quién se anima a hacerlo?

Artículo 40. 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:

- a. El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- 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.

“Esos niños” del punto b) son aquellos de los que se alegue que han infringido las leyes penales. No se trata del no es el alegato en el proceso penal. Se diga, se alegue, se acuse o se condene, es decir en toda circunstancia.

Siempre que sea apropiado y deseable, no siempre, debe tratarse a esos niños con procedimientos distintos a los judiciales.

O sea que este principio ya existía. Como dice la chacarera, “si estaba donde nació lo que buscaba por ahí”. Lo tenemos en la Convención

misma y está desarrollado en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño que es una fuente inagotable de reflexiones.

Porque significa movimientos muy importantes, primero el repensar respecto de las limitaciones de la Convención hechas para lograr un consenso que no se logró. En rigor, se logró en todos, menos en un país que no la ratificó. Entonces ahora el Comité les dice “la consideración principal es el interés superior del niño, porque si pusimos tu propuesta para que te integraras a la Convención y no te integras, ahora dejamos tomar nuestras decisiones”.

Y después porque paga las deudas pendientes, porque en el año 1989 y antes también no se logró decir de qué edades estábamos hablando, solo se pedía fijar “una edad”. Milagro de los diplomáticos que siempre consiguen un consenso aun limitándose a lo mínimo y básico: “Todos los niños tienen derecho a ser felices”. Entonces, lo que tenemos son observaciones del Comité que nos van proporcionando, en el momento actual, tres estándares, que estoy seguro que este año se proyectarán sobre el inminente informe de Argentina.

- Primero: No admite el Comité edades de incriminación por debajo de los 12 años. Atención: Reino Unido la tiene en 10 años.
- Segundo: La edad óptima es 14 o 16 años ¿Ahora nos lo dice, después de que nos hicieron bajar la edad de incriminación en casi toda Latinoamérica? ¿Cómo, en nombre de la convención, nos hicieron bajar las edades y ahora el intérprete de la misma nos dice que lo mejor, 14 o 16, es lo que antes teníamos?
- Tercero y el más importante: aquellos que tengan edad más alta no la bajen. Ese es el más importante para nosotros. Y si surgiera en este momento del Comité el consenso para una visión más amplia, bienvenida sea.

Quiere decir que nosotros no estamos en un camino perdido, no somos gente que habla en el café sobre cosas que les parecen lindas. Somos los que sostenemos, si me permiten sugerirles, una frase: “La Justicia Juvenil Restaurativa es un modelo superador tanto del neoretribucionismo atenuado como del riesgo de retroceder a un neotutelarismo”.

Atención que este último riesgo existe, como dije. Lo damos por muerto, pero camina por ahí, camina en actitudes, en conductas tanto jurídicas como interdisciplinarias.

Hay que estar muy atentos al riesgo de dar marcha atrás. Solo la Justicia Juvenil Restaurativa es novedosa, frente a otros retrocesos.

Es primeramente una opción frente al proceso estigmatizador. ¿Quién estigmatiza? Estigmatiza el proceso, no solo la condena. La privación de libertad estigmatiza en alto grado, sin lugar a dudas, pero el proceso mismo también estigmatiza; por eso hablar de Justicia Penal Juvenil es contradictorio.

No se puede jugar con las dos manos en esto. O nos dirigimos a la ampliación del retribucionismo o se busca un camino distinto. La Argentina hoy se debate entre estas dos olas. Yo creo que científicamente no tenemos ninguna duda sobre lo que puede pasar. ¿Y cuál es el valor fundamental? Porque estos son hechos políticos.

En América Latina la Justicia Restaurativa es un método digno de respuesta a los problemas de los niños y adolescentes de nuestros pueblos, no solo de la Argentina.

Significa cumplir con el artículo 19 del Pacto de San José. ¿Por qué? Porque el artículo 19, que no se puede suspender ni en estado de sitio, ni en guerra, ni en conmoción, ni en ninguna catástrofe según el artículo 27 del mismo Pacto, dice que el niño tiene derecho a la protección especial de la familia, la sociedad y el Estado.

Es el modo firme de llegar a la protección y tiene un sentido, un importante sentido de política social.

Voy a citar, de Pedro Kropotkin, el príncipe anarquista, parte de su discurso de alegato ante los jueces, referido a los niños. Nadie puede pensar que yo soy anarquista porque creo firmemente en el Estado equitativo de paz y de justicia social. Desde ya que no comparto su metodología, ni su visión de un mundo sin Estado, pero sí el profundo deseo de justicia que nos une por encima de las diferencias.

Y porque no creo en la violencia como forma de progreso social, traigo las palabras de un hombre que dejó su principado, que decía “mis padres tenían esclavos, yo dedico mi vida a que ya no los haya”. Sobre su experiencia en la cárcel de Lyon, dice en sus memorias:

Cuando veía a aquellos niños y me imaginaba el porvenir que les aguardaba no podría dejar de preguntarme ¿quién es el mayor criminal? ¿Este niño? ¿O el juez que condena cada año a cientos de adolescentes a semejante destino? Puedo admitir que el crimen del juez es inconsciente

pero, ¿Acaso los crímenes por los que va a presidio la gente son tan conscientes como se supone?

Esta frase es de alguien que se consideraba un justiciero y sinceramente creo que esa pregunta nos tiene que retumbar, y termino con otra cita del mismo autor porque es importante ver cómo siempre hubo gente que se horrorizó frente a la judicialización de los chicos.

Tras el problema económico y tras el problema del Estado quizás el más importante de todos es el que concierne al control de los actos antisociales, logran el doble fin que se enmarcan como objetivos. El impedir la repetición del acto antisocial y en cuanto a las cárceles el de reformar al infractor. Son graves cuestiones. De la solución que se les dé depende no solo la felicidad de miles de presos, no solo el destino de mujeres y niños asolados por la miseria cuyos padres y maridos no pueden ayudarles desde detrás de las rejas sino también la felicidad de la especie humana. Toda injusticia cometida contra un individuo la experimenta en último término todo el conjunto de la especie.⁴

Una última cruda reflexión de la misma fuente:

El hombre, el niño, el adolescente encarcelado por robar te dirá “simplemente no fui bastante listo, nada más, perdí, me tocó perder”. ¿Y qué contestarle sabiendo lo que pasa en otros sitios importantes y cómo tras terribles escándalos se les entrega a esos grandes ladrones el veredicto de inocencia?⁵

4. Kropotkin, Pedro, “Las cárceles y su influencia moral sobre los presos”, discurso pronunciado en París, el 20 de diciembre de 1877.

5. Ídem.

Antes que la confrontación, el equilibrio. Una mirada actual sobre el Derecho Penal

Andrea Mónica Battista*

Introducción

El servicio de administración de justicia requiere insoslayablemente atender la demanda social actual que reclama –entre otras cuestiones– celeridad y transparencia, que a su vez vendrán de la mano de procedimientos no adversariales en beneficio de todos los intervinientes.

De tal modo, el Derecho Penal tradicional viene abriendo paso a una mirada diferente que conlleva la necesaria reformulación de sus objetivos, en búsqueda de un acceso a la justicia efectivo y eficaz que reconozca nuevas respuestas del poder punitivo del Estado frente a la comisión de un delito.

El rol de la Defensa ante la posible implementación de acuerdos no adversariales

Luego de la comisión de un delito e individualización de su autor presunto, se pone en marcha un sistema acusatorio adversarial en cuya sustanciación no deben ser invisibilizadas las necesidades y expectativas que respectivamente posean la víctima y el imputado, tras caer las partes en discusiones técnicas estériles que en definitiva impidan la resolución del conflicto.

En este aspecto, es indispensable llevar adelante una búsqueda permanente para mejorar los ya elevados estándares de calidad de la Defensa Pública Penal, y para ello será necesario evaluar las características técnicas de cada caso –en cuanto a los extremos de materialidad del hecho, autoría y calificación legal–, sin soslayar las particularidades del justiciable, siempre con absoluto respeto de la garantía constitucional del debido proceso legal y enalteciendo la dignidad humana de nuestros representados.

* Defensora Oficial a cargo de la Unidad de Defensa del Joven N° 2 del Departamento Judicial La Matanza, provincia de Buenos Aires.

Vale aquí recordar que la defensa del imputado no desarrolla su labor contra los intereses de la víctima, sino en busca de una solución del conflicto jurídico penal ajustada a derecho, de la mano de la ética y en función del interés objetivo de las personas a las que representa, razón por la cual la sustanciación de un proceso penal adversarial puede no ser la mejor solución para el conflicto que se aborda.

Así las cosas, la Defensa Penal –merced al contacto con su asistido– conoce ciertas particularidades a las que el Ministerio Público Fiscal por su función específica no accede, y no debemos negar que se encuentra en una posición de privilegio para avizorar aquellos casos en los que la realización de acuerdos restaurativos podría brindar una solución al conflicto jurídico penal con efecto pacificador, que proteja los intereses de la víctima y genere en el victimario un efecto resocializador y persuasivo en cuanto a su conducta futura.

En otras palabras: si existen cuestionamientos que principalmente refieran a la materialidad del suceso dañoso o a la intervención del imputado en el mismo, ese entuerto no sería pasible de solución mediante un mecanismo de base restaurativa, siendo necesario ventilar tales circunstancias en un proceso adversarial.

En efecto, visualizar la posible solución del conflicto desde la óptica de la defensa contribuye a que se realicen las derivaciones adecuadas, entendidas ellas como mediables –independientemente del resultado que en definitiva arroje el proceso restaurativo– y con ello a la optimización de los recursos con los que cuenta el Ministerio Público.

La posible resolución del conflicto penal a través de mecanismos que no posean base adversarial sino restaurativa resulta sumamente valiosa para la sociedad en general y para mejorar la calidad de gestión del Ministerio Público, en particular al brindar soluciones diversas que permiten abordar el entuerto desde otro lugar, evitando la confrontación y propiciando un acercamiento entre víctima y victimario, mediante el diálogo y la búsqueda de empatía para un adecuado entendimiento de ambas problemáticas, respetando los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad y neutralidad de los mediadores, con más el insoslayable consentimiento que al efecto preste la víctima.¹

1. Ley N° 13433, sancionada el 21/12/2005, promulgada el 09/01/2006, publicada el 19/01/2006, art. 3.

Así lo explica claramente Márquez Cárdenas:

... las políticas de justicia restaurativa ofrecen varias ventajas comparativas. Su aplicación permitirá utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, concentrando sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves y contribuyen así a reducir la población de las cárceles aliviando el hacinamiento y, por consiguiente, reduciendo los costos de mantenimiento de las cárceles. Al permitir a los delincuentes que permanezcan con sus familias y continúen sus actividades sociales y profesionales, se ayudaría al delincuente a adaptarse a la sociedad. Por su parte, en el sistema de justicia restaurativa la víctima, como quedó regulado en el sistema acusatorio, será la gran protagonista, que va a participar activamente en la solución del conflicto penal.²

A la vez, si centramos nuestra atención en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, notaremos que la responsabilidad de los operadores al momento de efectuar las derivaciones pertinentes resulta aún mayor, dada la calidad de personas en desarrollo que poseen los jóvenes en conflicto con la ley penal y aquellos principios de los que se nutre la sustanciación del proceso, plasmados en los artículos 6 y 33 de la Ley N° 13634,³ con raigambre constitucional reconocido en el artículo 40 inc. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.⁴

2. Márquez Cárdenas, Álvaro E., “La Doctrina Social sobre la Justicia Restaurativa”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, V. XII, N° 24, Bogotá, Ed. Neogranadina, 2009, p. 60. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617269005> [fecha de consulta: 12/2018].

3. Ley N° 13634, sancionada: 28/12/2006, promulgada; 18/01/2007, publicada: 02/02/2007, Art. 6: “El niño al que se atribuya haber infringido leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño, la importancia de promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad”. Art. 33: “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 respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas”.

4. CIDN, Art. 40 inc. 1 “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad

Para ello, resulta de suma importancia contar desde el inicio con las evaluaciones que practique el Cuerpo Técnico Auxiliar⁵ en relación al joven y a su grupo familiar, y a partir de allí velar por la inmediata intervención de los organismos pertinentes para la atención de cada problemática –Centro Socio Comunitario de Responsabilidad Penal Juvenil; Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos; Centro de Prevención de las Adicciones, entre otros–.

Así, se abre paso a un trabajo interdisciplinario mediante el cual el Poder Judicial se ocupa de resolver los aspectos jurídicos del caso, no desatendiendo las necesidades del justiciable en lo que respecta a su personalidad, salud, medio social y familiar, toda vez que una adecuada atención de tales carencias tenderá a que el justiciable logre un espacio de inserción constructivo en la sociedad.⁶

Por otra parte, la derivación del caso a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos⁷ se presenta, poniendo el foco en el justiciable, como un eslabón primordial para alcanzar los fines educativos del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil; mientras que desde la óptica de la víctima conlleva un efecto reparador del daño sufrido por el injusto, con efecto pacificador para ambas partes. Al respecto, señala Kemelmajer de Carlucci:

... es cierto que la JR no es una solución para todos los problemas, sino el componente de una receta que sirve para satisfacer los intereses de la víctima, del autor, y de toda la comunidad. Pero, al mismo tiempo, la JR no propone simplemente un nuevo programa o una nueva técnica; sus

del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma función constructiva de la sociedad”.

5. El Cuerpo Técnico Auxiliar se encuentra integrado por profesionales médicos, psicólogos y trabajadores sociales que asisten los pedidos de evaluación efectuados por los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil en la provincia de Buenos Aires.

6. Durante el mes de julio de 2018 se llevó a cabo el “Primer Encuentro de Operadores para Difusión de Derechos y Facilitar el acceso a la Justicia”, organizado por la Defensoría Departamental del Departamento Judicial La Matanza, orientado principalmente a facilitar los canales de comunicación con los Centros de Acceso a la Justicia.

7. En el Departamento Judicial La Matanza funciona actualmente para el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil el Centro de Articulación, Orientación y Resolución Alternativa de Conflictos (CAORAC).

finos son más ambiciosos; pretende un cambio en nuestra manera de ver y de responder a los actos criminales.⁸

De tal modo, es de suma importancia determinar, en la medida de lo posible desde el inicio mismo del proceso, si el caso puede derivarse para intentar la implementación de un acuerdo restaurativo, sin perjuicio de la intervención de los organismos correspondientes bajo la órbita del Poder Ejecutivo provincial, para atender todas aquellas problemáticas que puedan haber incidido negativamente en el joven y conllevar a que se encuentre involucrado en un conflicto con la ley penal.

Se busca así no solo evitar la comisión de conductas antijurídicas futuras, sino también educar y concientizar a los jóvenes sobre la incidencia de su accionar en los derechos de terceros, además de dotarlos de las herramientas necesarias para afrontar los motivos que hubiesen contribuido a la comisión del injusto, siendo que ninguno de los operadores judiciales puede ser indiferente a tales objetivos.

Así es que el sistema de administración de justicia penal se viene adaptando favorablemente al nuevo paradigma que la sociedad ha venido reclamando, munido de la transparencia que necesariamente conlleva un mayor conocimiento de las necesidades y expectativas tanto de la víctima como del imputado frente al injusto, cuidando el rol que cada una de las partes cumplirá durante la sustanciación del proceso en función de los intereses que está llamada a representar.

El diálogo entre las partes –Fiscalía y Defensa– resulta también fundamental para lograr, siempre que ello sea posible, una resolución del caso que satisfaga los intereses de los particulares involucrados y, con ello, de la sociedad en su conjunto.

En mayor medida aunque no de manera excluyente, ese objetivo común podrá lograrse en casos de delitos de menor cuantía, debiendo identificar y ponderar las partes la totalidad de las circunstancias que aparezcan relevantes para adoptar el rumbo procesal ajustado al caso.

También los delitos de peligro, donde la víctima es difusa, merecen una respuesta que satisfaga los fines educativos y de persuasión mediante un abordaje que en lo posible incluya una reparación social.

8. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 555.

Sin perjuicio de lo dicho, es preciso comprender que derivar el caso a la oficina pertinente para trabajar la posible celebración de un acuerdo restaurativo no implica para las partes abandonar un caso que continúa judicializado; es necesario proseguir el trámite del proceso con la mirada atenta al resultado que pueda obtenerse merced a la vía restaurativa.⁹

De tal modo se renueva aquella clásica relación jurídica, lejana a la búsqueda de un objetivo común entre las partes y demás intervinientes en el proceso, que demanda ser reconocida por todos los operadores judiciales dado que la mejor solución del conflicto jurídico-penal puede no ser la confrontación, sino el efecto pacificador que nos brinda el equilibrio y la satisfacción de víctimas e imputados con el resultado del proceso, sin dejar de destacar la optimización de recursos que la materialización de tales acuerdos genera para el sistema de administración de justicia penal en su conjunto.

A modo de ejemplo

Interesa ejemplificar lo dicho con un caso en el que intervine como Defensora Oficial en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil vigente en la provincia de Buenos Aires.

Un grupo de tres jóvenes entre 16 y 18 años de edad ingresó a un establecimiento educativo con fines de sustracción, no logrando consumir su propósito merced a la oportuna intervención de personal policial.

A fin de lograr la mejor solución del caso teniendo en cuenta tanto lo manifestado por los jóvenes en la entrevista previa con la defensa, así como también las evaluaciones practicadas por el Cuerpo Técnico Auxiliar (CTA), se decidió su derivación al Centro de Articulación y Orientación en Resolución Alternativa de Conflictos (CAORAC) dependiente de la Fiscalía General de La Matanza, con el objeto de intentar la posibilidad de arribar a un acuerdo restaurativo.

Ese acuerdo permitiría pacificar el conflicto jurídico suscitado y que los jóvenes implicados lograsen internalizar las consecuencias de sus actos, con el fin de prevenir la comisión de conductas futuras.

9. El resultado satisfactorio de un proceso restaurativo permitirá al Ministerio Público Fiscal aplicar los criterios especiales de archivo consagrados en el Art. 56 bis del CPP.

Así fue que ante la Oficina de mención se mantuvieron diversas entrevistas voluntarias y confidenciales con cada uno de los jóvenes, y también con el Director del establecimiento educativo, hasta lograr coordinar un encuentro entre todos ellos, donde los primeros pidieron disculpas por lo acontecido.

A la vez, se acordó que los jóvenes pintarían la fachada de la escuela secundaria y repararían un sector de la vereda ubicada en la entrada principal del establecimiento.

Finalmente, y dado el acuerdo restaurativo celebrado, cuyos objetivos fueron cumplidos satisfactoriamente por los imputados, la Defensa sugirió a la Fiscalía interviniente el abandono de la investigación iniciada conforme a lo normado en el artículo 40 de la Ley N° 13634,¹⁰ en honor a los principios de no punibilidad y mínima intervención que caracterizan al Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, por entender alcanzados en virtud del acuerdo los objetivos que la sustanciación del proceso especial persigue.

Conclusiones

El desafío al que nos enfrenta el Derecho Penal actual exige a los operadores judiciales adoptar una visión global y superadora del objetivo que persigue la resolución de un conflicto jurídico penal particular, proyectando los alcances del servicio de administración de justicia al núcleo mismo de la sociedad para conciliar nuestra función específica con los intereses y necesidades de los ciudadanos.

Por ello, la capacitación sobre esos nuevos objetivos se presenta como insoslayable en un sistema de administración de justicia penal abierto como el que propone la legislación actual, procurando la necesaria legitimación de la función que cada uno se encuentra llamado a cumplir de cara a la sociedad.

10. Ver cita 4, Art. 40: “Los Agentes Fiscales podrán no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño...”.

Bibliografía

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

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., “La Doctrina Social sobre la Justicia Restaurativa”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, V. XII, N° 24, Bogotá, Editorial Neogranadina, 2009.

Justicia Juvenil Restaurativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: miradas, reflexiones y desafíos

Soledad Berraondo, Pablo A. Díaz, Sergio Gastrell, Stella Maris Margetic, Patricia C. Mazzeo, Victoria Morando, María Jimena Moyano, Laura V. Sajoux, Luis Sosa y Julieta I. Veloz Marquez*

Para encontrar la salida del laberinto tenemos que ver más allá de los castigos alternativos y aun más allá de las alternativas al castigo. [...] es un asunto de valores alternos no de tecnología alternativas al castigo

Howard Zehr

Introducción

En primer lugar es dable destacar la labor que hace años se encuentra desarrollando la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA, en cuanto a la tarea de sensibilización y concientización del paradigma de la Justicia Restaurativa, la importancia de su utilización en el ámbito penal juvenil y la imperiosa necesidad de contar con funcionarios, magistrados y operadores con la especialización requerida para cumplir tales funciones. Siguiendo esta línea es que desde aquella Oficina se han organizado múltiples y diferentes talleres, capacitaciones y jornadas en donde participaron jueces, fiscales, defensores, asesores tutelares, mediadores y operadores del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes. (I, II, III y IV Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil, entre otras).

* Todos son miembros de la Comisión especializada en Abordaje de Adolescentes del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dr. Daniel Fábregas (Director General); Dra. Susana A. Velázquez (Directora); Dra. Nélica Reggiardo (Jefa de Departamento y Coordinación del Cuerpo de Abogados Mediadores y Equipo Interdisciplinario).

Teniendo en cuenta las particularidades de esta época en la cual se registran altos índices de violencia y en donde las instituciones resultan ser insuficientes para contener y resolver la problemática de los jóvenes, es preciso realizar un abordaje integral y específico articulando con los diferentes efectores, a fin de lograr respuestas y soluciones concretas, factibles y que puedan ser sostenidas en el tiempo, a todos aquellos conflictos que se denuncien en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El presente artículo tiene como propósito explicar los distintos abordajes que se desarrollan con adolescentes en el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sus características y modalidad. El mismo cuenta con distintas comisiones, que se encuentran integradas por profesionales del Cuerpo de Abogados mediadores y del Equipo Interdisciplinario especializados en cada una de las temáticas. En ellas se realiza investigación y desarrollo de abordajes apropiados en cada especialización que luego es replicado a todo el centro. Se trabaja en un marco de evaluación permanente, observación y diagnóstico. Se realiza permanente revisión de la práctica reconsiderando y reformulando los procesos, las intervenciones y las nociones conceptuales.

Marco normativo

Con la reforma constitucional de 1994, la CABA adquirió un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, lo que dio lugar a una organización judicial independiente de la Justicia Nacional. El artículo 39 de la Constitución de la Ciudad, sancionada en el año 1996, recepta el paradigma de la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, reconociéndolos como sujetos activos en el ejercicio de sus derechos. Asimismo, establece las cuestiones de infancia como prioridad de las políticas públicas. En diciembre de 1998, precediendo a la Ley Nacional N° 26061, se sancionó la Ley N° 114, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la que fuera reglamentada por el Decreto N° 1760/2000. Su sanción marcó un gran avance, puesto que reconoció

a las niñas, niños y adolescentes los derechos enumerados en la Constitución Nacional y en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), a la vez que comprometió al gobierno local a garantizar el cumplimiento de los mismos; acorde asimismo con lo señalado en toda la normativa internacional.¹ Consecuentemente, determinó como prioridad la protección y asignación de recursos públicos destinados a hacer efectivos estos derechos.

También es importante destacar, entre otras, las siguientes garantías: el niño debe ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad, la igualdad en la relación procesal, la asistencia de un abogado/a especializado/a en niñez y adolescencia, y el derecho a ser oído personalmente por la autoridad competente, tanto en la instancia administrativa como judicial.

Por otra parte, establece medidas de protección especial de derechos, entre ellas: acciones sociales de protección a través de unidades descentralizadas, preferencia por las formas alternativas de convivencia como sustitutos de la internación –la que solo procederá de manera excepcional–, y la desjudicialización de la pobreza. Para su implementación, crea el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad y las Defensorías Zonales que constituyen sus Organismos descentralizados. En el año 2007, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sanciona la Ley N° 2303 Código Procesal Penal.

En el mismo año, la Ley N° 2451 regula el Régimen Procesal Penal Juvenil, adecuando así la legislación local a las exigencias de los

1. Entre las que resulta importante destacar: Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus arts. 5.5 (tribunales especializados) y 19 (medidas de protección). Convención de los Derechos del Niño, art.40.1 "... derecho de todo niño a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad"; 40.3: "...medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños..."; 40.3 inc. b): "Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales". Reglas de Beijing. Reglas de Tokio. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (10/07, 12 y 14/13).

Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, impulsada y aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB).

instrumentos internacionales de derechos humanos de la infancia; la cual se encuentra operativa desde el 9 de junio de 2008 y se aplica cuando sus autores resultaren ser personas de entre 16 y 18 años de edad. Esta ley especializada apela a mecanismos que minimizan la intervención penal y potencia la construcción subjetiva de la responsabilidad del joven incluyendo prácticas restaurativas como el proceso de mediación, el cual se encuentra regulado por los artículos 54 a 74 de la misma. Y el Instituto de la Remisión, por el artículo 75.

Contiene ciertas características especiales y específicas, como por ejemplo la participación e intervención obligatoria de los padres/tutores y/o responsables de los menores y de la Asesoría Tutelar en todas y cada una de las audiencias de mediación en las que participe.

Asimismo, es necesario contar con la participación de un Equipo Técnico Interdisciplinario (art. 67). Así, la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA, mediante resolución N° 1401/2016, creó este Equipo Técnico que trabaja de manera conjunta y articulada con el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del CMCABA.

El Centro de Mediación cuenta con mediadores especializados, tal como lo exige la normativa internacional respecto a la especialidad con la que deben contar los operadores que intervengan en los procesos penales juveniles.

Adolescentes: las particularidades de su abordaje

El adolescente requiere abordajes de acuerdo a su edad cronológica tanto como al tiempo lógico de su constitución, así como prácticas específicas distintas de las que se utilizan con un adulto, particularmente los mecanismos de escucha y los dispositivos pertinentes para la lectura de su subjetividad.

“Adolescencia” es una abstracción que permite estudiar ciertos aspectos generales, determinados comportamientos personales, familiares y sociales de las personas en su transición de la infancia a la fase adulta, de la dependencia infantil a la emancipación propia de los adultos.

Tanto la pubertad, en tanto proceso psicofísico, como la juventud, plenitud del desarrollo biológico, serán incluidas en el concepto de “adolescencia”.

Lo más importante a ser resaltado en esta etapa son los aspectos psíquicos intrapersonales o de identidad, la inserción del adolescente en la sociedad y cómo se relaciona con otros, y si esos espacios sociales le facilitan (o no) el pasaje a la autonomía.

Señala la Observación General N° 10 párr. 10:

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 niños, niñas y adolescentes y hacen necesario dar un trato diferente a los niños...

Los profundos procesos contradictorios que conforman la personalidad del joven en conflicto con la ley penal, sus inseguridades y el vacío propio de esta etapa vital, son el resultado conflictivo entre el joven, su entorno social y la norma.

El Estado no debe estigmatizar al joven ubicándolo en un lugar negativo cumpliendo solo la acción de penar y culpar, ni desentenderse de la implicancia social de los hechos potenciando la amenaza de destrucción. Sino por el contrario, desde el Poder Judicial se puede dar otra respuesta que promueva la responsabilización y socialización del joven sin dejar de lado el tratamiento del acto delictivo.

Si bien los adolescentes toman decisiones impulsivas, su plasticidad, su etapa madurativa y su facilidad para el cambio hacen posible que –con un buen acompañamiento– puedan tomar decisiones para modificar el rumbo de su vida y alejarse del conflicto penal. Es decir, a la hora de tomar decisiones son muy permeables al contexto en el que se desarrollan. Por eso las medidas que se tomen con los adolescentes (tanto las positivas como las negativas) son determinantes en su desarrollo neurocognitivo y emocional.²

Considerando lo desarrollado, se sostiene que el Estado debe producir, en esa “alerta social” que es el delito y que tiene como protagonista al joven, efectos diversos a la pena como único destino,

2. UNICEF, “Ideas para contribuir al debate sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil”, 2017, p. 4.

manteniéndose por supuesto en el marco del contexto judicial, y recurriendo al principio de oportunidad, que habilita entre otros la utilización de prácticas restaurativas, más allá de lo específicamente legislado en la Ley N° 2451 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La importancia de la Justicia Restaurativa

La Justicia Restaurativa surgió como una forma distinta de abordar los delitos, intentando responder a ciertas limitaciones del proceso judicial tradicional, especialmente en Justicia Penal Juvenil. Se centra más en las necesidades que en los castigos, con un marcado interés por atender las necesidades de las víctimas que históricamente se vieron desatendidas por la justicia.

Este enfoque nos invita a hacer otras preguntas que nos suscitan nuevas reflexiones: “¿Cómo entendemos lo que pasó? ¿Qué factores son pertinentes? ¿Qué respuestas son factibles y apropiadas? El lente a través del cual observamos determinará cómo enfocamos tanto el problema como la solución.”³

Apunta a que la Justicia sea más sanadora y transformadora, disminuyendo las posibilidades de futuras ofensas, de generar un diálogo directo o indirecto entre las víctimas y ofensores cuando sea apropiado, estimular la colaboración y la reintegración tanto de las víctimas como de los ofensores en lugar de la coerción y el aislamiento, demostrar respeto hacia todas las partes: víctimas, ofensores, colegas del sistema de justicia.

Es un enfoque que considera las necesidades y obligaciones de todas las partes involucradas en el conflicto. Aquí participan todas aquellas personas o partes con algún interés o rol directo en el caso; esto incluye al Estado, al ofensor, a la víctima y a otros miembros de la sociedad.

Entiende que las víctimas deben contar con información real, que puedan narrar los hechos e incluso realizarlo frente a sus ofensores para así poder hacerles entender el impacto que tuvieron sus acciones, que puedan ser parte e involucrarse en el proceso y que, dependiendo del caso, pueden obtener del ofensor una restitución o reivindicación.

3. Zher, Howard, *Cambiando de lente: Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Waterloo, Ontario, Herald Press, 2012, p. 171.

Los ofensores:

- deben desarrollar una responsabilidad activa, esto es que reconozcan el mal que han causado;
- que comprendan las consecuencias de su accionar;
- que logren desarrollar empatía con las víctimas y reparen el daño causado, al tiempo que puedan sanar las heridas de su pasado que hayan contribuido a su conducta delictual actual;
- que tengan oportunidad de tratar todos sus problemas;
- que fortalezcan sus habilidades y destrezas personales y
- que logren adquirir motivación para finalmente reinsertarse en la sociedad.

Respecto a lo que a las comunidades se refiere, al tener sus propias necesidades y obligaciones como consecuencia directa de la comisión del delito, necesitarán que también se las considere como víctimas en el proceso, asumiendo sus responsabilidades y proyectando estrategias para crear y sostener sociedades más sanas.

Para la Justicia Restaurativa lo fundamental es centrarse en el daño, que el ofensor asuma una responsabilidad activa y cumpla con las obligaciones que se generan (que comprenda el daño y lo enmiende), y que todas las partes que tengan un interés legítimo ejerzan roles importantes dentro del proceso judicial. Surgió en la década de 1970 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes, y en la década de 1990 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos”.

Los modelos de prácticas restaurativas se diferencian en la cantidad y categoría de sus participantes y el estilo de trabajo del facilitador:

- Las conferencias víctima-ofensor: involucran a las víctimas y a los ofensores y generalmente los representantes de la sociedad no participan. Se trabaja individualmente con cada una de las partes y en el caso en que todas presten su consentimiento se reúnen en una conferencia. El facilitador es quien organiza, dirige y guía el proceso de manera equitativa. Generalmente se logra firmar un acuerdo de restitución. Asimismo, pueden participar los familiares de víctimas y ofensores quienes servirán de apoyo, cumpliendo un rol secundario.

- Las conferencias familiares: amplían el círculo de participantes incluyendo a familiares u otras personas claves para los involucrados y tal vez a funcionarios del sistema de justicia. Los familiares del ofensor son muy importantes al igual que los miembros relevantes de la comunidad. La familia de la víctima también es invitada a participar. También puede estar presente un representante de la justicia penal.

Hay dos modelos de conferencias: el norteamericano, desarrollado inicialmente por la policía de Australia, en el cual los facilitadores pueden ser oficiales de policía capacitados. Enfoca hacia la dinámica de la vergüenza y se esfuerza por utilizarla de manera positiva. El otro modelo tuvo su origen en Nueva Zelanda y es el que constituye la norma dentro de la justicia juvenil. Las conferencias son organizadas por profesionales de los servicios de bienestar social. Cada conferencia se adapta a las necesidades particulares de sus participantes. En todas las audiencias de este tipo se conforma un consejo familiar. El ofensor y su familia elaboran una propuesta que será presentada a la víctima y a los demás participantes de la conferencia. Quien dirige la conferencia familiar debe tratar de ser imparcial. Estas son más incluyentes. Los miembros de la familia del ofensor son esenciales y tienen roles muy importantes (modelo de potenciación de la familia). Las víctimas pueden traer a sus familiares o a alguien que defienda sus derechos, también puede estar presente un abogado especial o un defensor de menores, al igual que otras personas que puedan apoyar a los involucrados. El plan a seguir debe ser fruto del consenso de todos los participantes de la conferencia.

- Los círculos: son prácticas restaurativas en las cuales participan la víctima, el victimario, familiares o allegados de ambos, profesionales (judicatura, policía, trabajadores sociales, psicólogos), abogados, representantes de la sociedad, etcétera. Todas estas personas tienen la oportunidad de narrar sus vivencias, expresar sus sentimientos, debatir y llegar a acuerdos.

Tienen una dinámica especial para el diálogo. Se utiliza un objeto para determinar el turno de participación, lo cual crea un efecto equilibrador y una mayor responsabilización de los participantes regulando sus intervenciones. Cada persona tiene su turno para hablar mientras que las demás escuchan y reflexionan sin producirse interrupciones.

Compartiendo lo que hacemos

Para el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura de la CABA (en adelante, CMMAASC) resulta primordial promover y desarrollar dentro de la intervención jurídico-penal el modelo restaurativo como una manera de gestionar, desarrollar y aplicar las competencias actuales y futuras del Poder Judicial, especialmente con aquellos jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal.

El abordaje para el tratamiento del delito es integral; todos los afectados por el conflicto pueden ser restaurados abarcando por un lado lo que correspondería a la “tramitación del acto delictivo” de lo concerniente al “proceso de incorporación social”. Este desdoblamiento se vuelve clave, ya que detrás del conflicto penal podríamos encontrarnos, no solo con posibles cuestiones de núcleos familiares patológicos, sino también con comunidades atravesadas por el efecto de la segregación y la exclusión del sistema, cuya inclusión está garantizada en la Ley Nacional N° 26061 y en la Ley N° 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y ahora también recomendado por el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos (Resolución N° 813/2018 del Ministerio de Justicia de la Nación Argentina) aprobado el 19 de septiembre de 2018.

Asimismo, a través de este abordaje se promueve la voluntaria participación de la víctima del delito. Es decir que su rol no es el de un simple espectador sino que tiene la posibilidad de sentirse parte, asumiendo protagonismo en el proceso. La víctima generalmente tiene otras necesidades, inquietudes e intereses no contemplados en un sistema de justicia penal puramente retributivo. Por ejemplo, la posibilidad de obtener la reparación, por parte del autor del delito, de los daños de toda índole padecidos en virtud del hecho, ya que la eventual sentencia condenatoria que podría acaecer en el proceso penal no satisfará a la víctima respecto de sus pretensiones restauradoras.

El conflicto que se ventila en el marco de un proceso penal donde una o ambas partes son adolescentes no deja de ser un conflicto complejo en el que el abordaje debe realizarse a través de un equipo interdisciplinario de profesionales.

Un sistema complejo está compuesto por varias partes interconectadas o entrelazadas cuyos vínculos crean información adicional. Como resultado de las interacciones entre elementos, surgen propiedades nuevas que no pueden explicarse a partir de las propiedades de los elementos aislados. Dichas propiedades se denominan propiedades emergentes. [...] un sistema complejo posee más información que la que da cada parte independientemente. En todo Equipo Interdisciplinario, [...] se conforma una dinámica vincular con otros –personas y experiencias– en la cual las diferencias se incluyen y enriquecen a cada uno de los integrantes del Equipo y al trabajo que realiza.⁴

En una mayor aproximación conceptual del trabajo que realiza el equipo del Centro de Mediación, se podría decir que el abordaje resulta ser transdisciplinario. En efecto, la transdisciplina implica utilizar técnicas, métodos y conocimientos propios de una ciencia determinada para aplicarlos a otra. En el sentido que enfatiza el ir más allá de las disciplinas, las atraviesa y desarrolla un pensamiento complejo que vence la limitación y fragmentación de cada una de las disciplinas por separado.

En el equipo interdisciplinario del CMMAASC, cada uno de los profesionales aporta la *expertise* y el conocimiento propios de su ciencia, siempre con la mirada puesta en la aplicación al abordaje restaurativo encontrándose todos los profesionales especializados en este tipo de procesos.

Las *prácticas restaurativas* que utilizan los profesionales del CMMAASC encuentran espacio en diferentes contextos y pueden realizarse tanto en forma alternativa como complementaria al proceso penal; así se cuenta con:

- a) Mediación penal según lo estipulado en la Ley N° 2451 que regula el Régimen Procesal Penal Juvenil.
- b) Encuentros restaurativos:
 1. Por decisión judicial, durante la ejecución de medidas alternativas (remisión, suspensión de juicio a prueba) o después de la condena durante la ejecución de la sentencia.
 2. Que no suponen la existencia de una causa judicial.

4. De la Fé, Alicia; Berraondo, Soledad, “Nuestra experiencia de equipo interdisciplinario”, en AA. VV., *El Proceso de Mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015, pp. 151-152.

Mediación penal

En el proceso de mediación penal se trabaja con las partes en conflicto para ayudarlas a que ellas mismas puedan cambiar la calidad de su interacción de negativa y destructiva, a positiva y constructiva, mientras debaten y exploran diversos temas y posibilidades de resolución. Se busca, además de la reparación de los daños ocasionados, el tratamiento de las causas que los provocaron.

El mediador como conductor del proceso evalúa que las partes estén en condiciones de mediar, teniendo en consideración a modo de ejemplo la capacidad para reflexionar, de involucrarse en el conflicto, de reconocer al otro como una persona con sus propios intereses, diferentes de los suyos y también válidos.

El proceso de mediación como fuera mencionado anteriormente se encuentra regulado en la Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, en los artículos 54 a 74.

Su finalidad se encuentra establecida en el artículo 55:

- Pacificar el conflicto.
- Procurar la reconciliación entre las partes.
- Posibilitar la reparación voluntaria del daño causado.
- Evitar la revictimización.
- Promover la autocomposición con pleno respeto de las garantías constitucionales.

Y sus principios establecidos en el artículo 56:

- a. La neutralidad del/de la mediador/a;
- b. Voluntariedad de las partes para participar de la mediación;
- c. Confidencialidad de la información y la documentación divulgada en la mediación;
- d. Celeridad;
- e. Informalidad;
- f. Gratuidad.

La mediación supone un espacio cuidado, donde las partes trabajan responsablemente en la construcción de alternativas de solución para su conflicto con el otro; esto pueden hacerlo en reuniones conjuntas o privadas o *caucus*, siendo en ocasiones por la voluntad de las partes, y en otras por decisión del mediador acorde a su experiencia y conocimiento. Las entrevistas preliminares son siempre individuales y por separado.

El proceso de mediación respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas. Se utiliza como alternativa dentro del proceso penal vigente. Ambas partes tienen la posibilidad de ser escuchadas, expresar sus necesidades y determinar la mejor manera de resolver sus conflictos. En estos términos se requiere considerar las particularidades singulares de los jóvenes protagonistas de un conflicto penal.

Como programa de Justicia Restaurativa, el Centro de Mediación Penal tiene como objetivo acercar a la víctima con su ofensor, que puedan escucharse y reflexionar sobre el conflicto, sin tener como meta el acuerdo reparador, sino satisfacer las necesidades de las partes en ese momento.

Los acuerdos a los que ambas partes llegan son siempre escritos y pueden incluir disculpas, tareas a realizar, promesa de comportamiento futuro, compensación/reparación económica del daño, tareas comunitarias, etcétera; siempre teniendo en cuenta las necesidades y posibilidades de cada una de las partes. En el caso de no arribar a un acuerdo, o en el de ejercer el derecho a no participar en la mediación, jamás podrá resultar perjudicial para el/la joven infractor/a.

El diseño que propone el Instituto de la Mediación en la Ley N° 2451, con la multiplicidad de operadores que intervienen –Defensor Oficial Juvenil, artículo 37; Asesor Tutelar, artículo 40; los Padres, artículo 62; Equipo Técnico Interdisciplinario, artículo 67– requiere de la eficaz articulación del equipo de mediadores, quienes siempre actúan en duplas con un abordaje transdisciplinario y con una estrategia de intervención en red. Esta implica un proceso de construcción permanente tanto singular como colectiva, que acontece en múltiples espacios y asincrónicamente. A través de la interacción permanente, el intercambio dinámico y diverso entre los actores de un colectivo (familia, equipo de trabajo, barrio, organizaciones tales como el hospital, la escuela, asociaciones profesionales, el centro comunitario, entre otros) con integrantes de otros colectivos posibilita la potenciación de los recursos y la creación de alternativas novedosas para favorecer la formulación del proyecto de vida y su articulación al tejido social.

Encuentro restaurativo

Siguiendo el modelo de las conocidas “conferencias familiares”, esta práctica restaurativa es un espacio de diálogo y reflexión donde un Equipo Facilitador trabaja interdisciplinariamente realizando una serie de entrevistas individuales y/o grupales con una, y/o cada una de las partes (tanto el joven infractor como la víctima) y/o terceros significativos, focalizando en el daño percibido, la responsabilización y la reparación del mismo. Puede ser utilizada en cualquier etapa del proceso penal, en forma alternativa o complementaria al mismo.

Los principios que rigen el “encuentro restaurativo” son voluntariedad, confidencialidad y neutralidad, los cuales permitirán la flexibilidad y colaboración necesarias para trabajar con la modalidad que se sugiere, en un contexto de Justicia Restaurativa.

El objetivo de este abordaje es poder establecer cuál es la verdadera necesidad de cada una de las partes (tanto del joven infractor como de la víctima y sus respectivos entornos familiares/sociales), o solamente del joven infractor en el caso de no tener una víctima identificada para que puedan o pueda vislumbrar hacia el futuro la armonía alterada por la comisión del o los delitos. Se genera un espacio en el que las personas involucradas inicien un proceso de cambio, puedan ampliar la mirada sobre sí mismas y estimular su posibilidad de reflexionar sobre el hecho y sus consecuencias, responsabilizándose sobre el mismo, generando alternativas para reparar los daños sufridos.

Este programa no es un fin, sino un medio para que la justicia se realice más plenamente; contribuye a que las partes asuman la propia conducción en la realización de su proyecto personal, que es una de las tareas más dignificadoras para el ser humano.

Como puede apreciarse las prácticas restaurativas responden al delito con una lógica totalmente diferente a la lógica del sistema de la justicia tradicional. Potencian la participación activa de las personas involucradas, respetando el lenguaje y la lógica que les es propia permitiéndoles elaborar sus propios acuerdos, pautas y compromisos.

El dispositivo de abordaje se encuentra dividido en diferentes etapas, siendo las mismas las siguientes:

- 1) Preliminar
 - a) Conformación del Equipo Facilitador: Se selecciona una dupla de profesionales pertenecientes a la Comisión Especializada en Penal Juvenil.

- b) Reunión con los funcionarios derivantes: El equipo designado se reúne con el funcionario derivante para conocer las circunstancias de la causa y los intereses del área.
 - c) Consulta del legajo judicial: Se consulta el legajo judicial para conocer el contexto en que se dieron los hechos, y particularidades de el/la los/las participantes.
- 2) Admisión
- a) Entrevistas preliminares con el/la los/las participantes: El equipo designado mantiene por separado entrevistas con cada uno de ellos, en el caso de que todas las personas involucradas puedan ser identificadas y/o hayan manifestado su disposición de participar para informarles sobre las características de este dispositivo de abordaje, recabar si están dadas las condiciones para trabajar y su voluntad de participar.
 - b) Evaluación: El equipo realiza un informe en el que evalúa las condiciones e informa al área derivante si el caso es admisible para ser trabajado en la modalidad del encuentro.
- 3) Análisis y diagnóstico
- a) Contacto con el/la joven infractor: Una vez admitido el caso, se mantiene entrevista preliminar con el/la joven a los efectos de visibilizar su problemática singular y se comienza a trabajar sobre las necesidades, intereses y expectativas.
 - b) Identificación de terceros significativos: En esa entrevista se procura identificar en la red vincular quiénes son aquellas personas que tienen una influencia en su vida y que pueden colaborar con su transformación.
 - c) Identificación de operadores institucionales intra y extrajudiciales: Asimismo se identifica en la red institucional aquellas que puedan trabajar en conjunto para colaborar al proceso de transformación.
- 4) Diseño y ejecución del abordaje
- a) Entrevistas semidirigidas con la/s parte/s y terceros significativos: buscan lograr empatía y recabar información con el fin de encuadrar el abordaje apropiado en cada caso.
 - b) Dinámica participativa (literaria, cinematográfica, audiovisual): se utilizan distintos recursos, según las necesidades que surjan, que puedan ayudar a movilizar la responsabilización

de la persona, la solidaridad, el registro del otro. Se procura estimular el cambio posible a través de diversas herramientas describiendo detalles del suceso, escribiendo cartas, concientizando acerca del alcance y los efectos de las acciones, línea tiempo, mapa de impacto, revisando la historia, viendo los aspectos en común.

c) Acompañamiento para el fortalecimiento de recursos y responsabilización: siempre se acompaña el proceso que se estimula con encuentros programados o con la red armada para ese fin, a través de diversas herramientas donde se trabaja la confianza, la comprensión, la compasión, el cuidado de las heridas.

d) Foco en el futuro: haciéndolo de otra manera. Fundamentos y recursos. Propósito y poder. Esperanza, humanidad, fortalezas, restitución, entendimiento.

e) Articulación con instituciones y también con los operadores involucrados: se trata de diseñar una red de contención.

5) Etapa evaluativa

Esta etapa no corresponde necesariamente a un momento secuencial sino que se va a ir realizando dinámicamente desde el comienzo del abordaje hasta el cierre del mismo.

a) Revisión de la práctica: el equipo designado revisa su práctica en relación al caso particular junto con la comisión especializada: herramientas utilizadas, avances, limitaciones, dificultades que pudieron aparecer, logros.

b) Realización de ajustes: se proyectan los cambios necesarios en el abordaje y enfoque. Se ajustan las herramientas.

c) Elaboración de informes: se realiza un registro de lo trabajado en cada encuentro.

6) Cierre del encuentro

a) Devolución: encuentro final de cierre con el/los participantes donde se analiza en forma conjunta lo trabajado en el proceso en cuanto a logros y limitaciones.

b) Elaboración y firma de un Acta Compromiso: en el caso en que el/los participantes así lo deseen, se firmará un Acta Compromiso o Acuerdo reparador.

c) Informe: se realiza un informe final de todo lo trabajado hasta el cierre del encuentro para ser entregado al derivante.

d) Seguimiento: siempre en el marco de la voluntariedad se coordina un seguimiento con el/los participantes para acompañamiento y sostenimiento de los logros alcanzados, o acuerdo reparador realizado.

Como se mencionó anteriormente, esta práctica restaurativa puede utilizarse en forma alternativa o complementaria al proceso penal, en diferentes etapas, aun cuando el mismo se cierre/archive.

De esta manera, este abordaje puede ser utilizado por decisión judicial por ejemplo cuando se resuelva una remisión⁵ o una suspensión del juicio a prueba.⁶ Teniendo en cuenta las disposiciones 11.2 y 11.4 de las

5. Ley N° 2451, Capítulo: Remisión, Art. 75: Procedencia. “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 - Delitos 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”.

6. *Ibidem*, Título IX: Suspensión del Proceso a Prueba, Art. 76: Del proceso. “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 fundadamente. La suspensión también podrá disponerse aun 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. El tribunal convocará a una audiencia oral con citación al peticionario, al Fiscal Penal Juvenil, al Asesor/a Tutelar, a la víctima, y al querellante si lo hubiere. Luego de escuchar a las partes resolverá si concede la suspensión de la persecución penal, con las condiciones de cumplimiento que estime correspondientes, o la deniega. La oposición del Fiscal Penal Juvenil, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal. Contra la decisión no habrá recurso alguno. Cumplidas las condiciones impuestas, el/la Juez/a, previa vista al Fiscal Penal Juvenil, dictará el archivo definitivo de la causa, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese hecho. En caso de incumplimiento dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión, según corresponda”.

Reglas de Beijing, que contemplan la posibilidad de efectuar una remisión en favor del joven, derivándolo a su familia y/o autoridades extrajudiciales, que deben acompañarlo e insertarlo en programas adecuados a la problemática que presenta, a fin de alcanzar su desarrollo integral y reinserción en la sociedad, sin el estigma de estar sujeto a un juicio penal. La recomendación de la regla 11.4, que establece que “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”, se procura evitar futuras transgresiones a la ley mediante la supervisión y orientación correspondiente y entrañan una avenencia mediante la reparación a la víctima, que debería realizarse bajo un adecuado acompañamiento.

Cumpliendo con esta recomendación, cuando se resuelve la remisión del caso se considera especialmente apropiado, según las particularidades del mismo, derivar al joven al Centro de Mediación Penal para poder participar de un encuentro restaurativo, en el cual tendrá la posibilidad de responsabilizarse y reflexionar sobre el hecho, conocer y fortalecer sus capacidades, restablecer relaciones, generar buenas actitudes y también la posibilidad de compensar a la víctima, teniendo en cuenta siempre la voluntariedad de los participantes. Y en idéntico sentido puede utilizarse como pauta o regla en la suspensión del juicio a prueba.⁷

En esta perspectiva:

... uno de los objetivos de esta línea de acción es promover la participación ciudadana, la inclusión de la palabra y la perspectiva de los adolescentes en el desarrollo de la propuesta de remisión. Está pensado el joven como sujeto activo y protagonista de sus decisiones, capaz de diseñar un plan de acción de acuerdo a sus intereses, y la posibilidad de continuar o insertarse dentro de las instituciones de la comunidad, acompañado por adultos referentes...⁸

Resulta importante también la posibilidad de poder dar una respuesta adecuada cuando no se inicie la causa judicial por resultar no punible el presunto infractor adolescente.

7. *Ibíd.* Art. 77: Pautas para la determinación de las condiciones de cumplimiento. “Se privilegiarán aquellas cuya finalidad comprenda su salud, educación, aptitud laboral, así como el mantenimiento y fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios”.

8. Kochen Schub, Ruth, “Miradas sobre la intervención. Alternativas de resolución del conflicto”, en Revista *Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, Año 5, N° 9, junio de 2015.

Estas prácticas restaurativas pueden perfectamente ser ofrecidas tanto a la víctima como al infractor no punible otorgándoles la posibilidad de sanar y recomponer la conflictiva en la que se encontraron.

El Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura de la CABA es un órgano administrativo no jurisdiccional, por lo tanto no se judicializaría al adolescente, efectuándose un abordaje absolutamente ajeno al proceso penal.

En esta misma línea de pensamiento, la Dra. Noris Pignata enuncia:

Incorporar métodos restaurativos para abordar los conflictos en los cuales puedan involucrarse los jóvenes, sean estos delitos o no. En el supuesto caso de jóvenes no punibles por razón de edad, que se vean involucrados en un delito contra la vida, o contra la integridad sexual, es importante que la respuesta del sistema de protección integral sea inmediata, que se aborde el conflicto, y se convoque a todos aquellos referentes de la víctima y del victimario, y de ser posible se planifique la utilización del método de conferencias, para poder ponerle palabras a los actos que visibilizaron el conflicto.

No dar ninguna respuesta no solo es impunidad, agrade a la víctima, sino que además no tiene ningún contenido educativo para el adolescente que participa. Los seres humanos debemos aprehender de nuestros actos, sean que estos generen en terceros bienestar o malestar.

El hecho que no sea punible por razón de la edad, no lo excluye de ser responsable ante la víctima por lo que hizo, incluso ante la sociedad, por lo tanto el Estado debe hacerse cargo de trabajar este tema, no desde el sistema penal, sino desde el sistema de protección integral, garantizando todos sus derechos, tanto a él como a la víctima.

Ambos deben tener la oportunidad de reparar y sentirse reparados, o por lo menos entender en ambos casos cuáles fueron las motivaciones que tuvieron, para poder manejar las emociones que se desatan en el interior.

No dar una respuesta desde el Estado es un mensaje con ningún contenido educativo, transmite a todos los involucrados la sensación que no es importante para nadie, y termina favoreciendo la venganza privada y el revanchismo.⁹

9. Pignata, Noris, aporte para el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en el marco del Programa Justicia 2020.

Algunas reflexiones y desafíos para tener en cuenta

Evaluar el camino recorrido resulta útil para poder auto observarnos a fin de poder mirar nuestro presente y futuro con realismo y la esperanza de que siempre se puede hacerlo mejor, prestar un mejor servicio de justicia.

Los grandes desafíos que se visualizan son:

- Que los diferentes operadores del Ministerio Público Fiscal, de la Defensa y Tutelar, como asimismo los jueces, se apropien de la riqueza y multiplicidad de herramientas que se ofrecen desde el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura de la Ciudad para el abordaje con adolescentes víctimas o victimarios para dar una respuesta apropiada en los casos que así lo ameriten.
- Brindar la oportunidad a los justiciables de participar en procesos donde ellos mismos pueden ser parte de la solución y ser protagonistas de la restauración y sanación de los lazos sociales haciendo realidad lo que tan sabiamente propone el Dr. Alberto Binder: “que la finalidad de la Justicia es garantizar la Paz”. No solo para las materias y competencias que hoy tenemos, sino y particularmente para entender la imperiosa necesidad de incorporar mecanismos no solo restaurativos sino también terapéuticos para el abordaje tan complejo de personas que con consumo problemático de sustancias psicoactivas cometan actos delictivos, problemática que afecta con más dureza a los más jóvenes y en particular a los más vulnerables debido a sus múltiples carencias económicas, de acceso a la salud, a la educación y a una vivienda digna. Dar como administración de justicia una respuesta humanizada.
- Sensibilizar a todos los operadores en el uso de herramientas de la Justicia Restaurativa. Con este enfoque y siguiendo a la Dra. Virginia Domingo,

... la Justicia Restaurativa se presenta como un proceso más simple y humano, tiene en cuenta la importancia de las emociones y pone en el centro a las víctimas, sin olvidar que el hecho delictivo también afecta

a los infractores y a la comunidad en general. Esta Justicia crea un espacio más sincero de rendición de cuentas y responsabilización. Mientras que para el sistema legal, la rendición de cuentas es asegurar que el infractor será castigado, para la Justicia Restaurativa esta asunción de responsabilidad implica alentar a los infractores para que entiendan que el daño es la consecuencia de su comportamiento.¹⁰

Bibliografía

BINDER, Alberto, *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1997.

_____, *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio (para Auxiliares de la Justicia)*, Buenos Aires, Editorial Gráfica Sur Editora S.R.L., 2000.

CHOYA FORÉS, Nastia, “Prácticas restaurativas: círculos y conferencias”, en *Revista de Pensamiento Penal*, 2014. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41593.pdf>

DE LA FÉ, Alicia y BERRAONDO, Soledad, “Nuestra experiencia de equipo interdisciplinario”, en AA. VV., *El Proceso de Mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. Disponible en: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/>

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

KOCHEN SCHUB, Ruth, “Miradas sobre la intervención. Alternativas de resolución del conflicto”, en *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, Año 5, N° 9, junio de 2015.

MAIER, Julio B. J., “La víctima y el sistema penal”, en AA. VV., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1991.

¹⁰. Disponible en: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/>

MALTOS RODRIGUEZ, María, “Justicia Restaurativa en ejecución penal”, en Revista *Pensamiento Penal*, 2018. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/maria-maltos-rodriguez>

MISURACA, Mariángeles; MONTH, Hernán; LAMFIR, Magalí y VIOLA, Sabrina, “Ideas para contribuir al debate sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil”, UNICEF, *Hay Alternativas*, participación en las reflexiones sobre la Ley de Responsabilidad Juvenil en el marco del Programa Justicia 2020, Buenos Aires, 2017.

PIGNATA, Noris, aporte para el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en el marco del Programa Justicia 2020.

ZEHR, Howard, *El Pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Intercourse PA, Editorial Good Books, 1977.

_____, *Cambiando de lente: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Waterloo, Ontario Editorial, Herald Press, Tercera edición, 2012.

Los efectos positivos de la justicia juvenil con enfoque restaurativo

Virginia Domingo de la Fuente*

Introducción

Suele presentarse la justicia restaurativa como una alternativa mucho más positiva y beneficiosa. Se valora por sus efectos contrapuestos a la justicia juvenil penal. Es cierto que difiere en cuanto a cómo conseguir los objetivos de la no reiteración del delito y la mejor satisfacción de las víctimas, sin embargo, lejos de ser radicalmente opuestas la justicia tradicional y la restaurativa, estoy convencida de que ambas pueden ser confluyentes. El propósito sería no sustituir una por la otra, sino mejorar el sistema penal de adolescentes, dotándolo de un enfoque restaurativo. Enfoque que ya existe en multitud de normativa y recomendaciones sobre la materia; tan solo necesitaríamos recordar el enfoque educativo y reintegrador, que ya de por sí tiene la justicia penal de adolescentes, y cómo la Justicia Restaurativa puede servir de gran ayuda para lograr estos fines de una forma más satisfactoria para todos los que aparecen alcanzados por el delito.

Conceptualización de la Justicia Restaurativa

El concepto de justicia restaurativa es complicado de establecer por cuanto su puesta en práctica depende de cada lugar y de cómo es su forma de entenderla. Es decir, no podemos exportar un modelo puro, sino que deberíamos adaptarlo a las características del lugar donde vamos a ponerlo en práctica y, sobre todo, tener en cuenta que cada caso será diferente de otro; por eso, habrá que contemplar cada

* Presidenta de la Sociedad Científica de Justicia Restaurativa. Coordinadora del Servicio de Justicia Restaurativa de Castilla y León. Formadora en prácticas restaurativas.

uno de ellos para valorar cuál será el proceso restaurativo más eficaz y sanador para víctimas e infractor.

Según Howard Zehr,¹ es un proceso que involucra en la medida de lo posible a los afectados por el delito y así colectivamente identificar y abordar los daños, las necesidades y las obligaciones con el fin de curar y “hacer las cosas bien”.

Son las Naciones Unidas² las que definen a la Justicia Restaurativa en una perspectiva amplia, como “una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad”. Confiere a esta justicia un carácter de filosofía, o teoría jurídico-filosófica con una serie de valores que la refuerzan: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza, empatía, responsabilidad, respeto, humanidad y sanación, entre otros.

Esta definición incluye los actores básicos, la comunidad, el infractor y la víctima; es interesante y muy acertada porque lo hace en sentido amplio como filosofía o teoría de justicia y no solo atendiendo a una forma de aplicarla como pueden ser los procesos restaurativos de mediación penal, círculos o conferencias restaurativas. Opino que la Justicia Restaurativa debe concebirse como una filosofía o paradigma de justicia que fomenta una humanización de la justicia penal como lo hace Naciones Unidas. ¿Cómo? Básicamente, considerando cada caso no como un mero expediente sino pensando que detrás hay personas que sufren y necesitan apoyo y atención: las víctimas; de la misma forma fomentando la responsabilización de los infractores y una actitud constructiva que los ayude a no reincidir.

Una forma concreta de hacer justicia restaurativa son los encuentros víctima, infractor y/o comunidad. Estas dos definiciones nos llevan a considerar la justicia restaurativa desde distintos puntos de vista, como filosofía o teoría de justicia, otras veces como un conjunto de valores y en ocasiones como herramientas para ponerlas en práctica. Estas tres ideas van unidas y entrelazadas. En muchas ocasiones, algunos asocian justicia restaurativa solo con herramientas y otros la

1. Zehr, Howard, *Cambio de lentes: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Pennsylvania, Herald Press, 1990.

2. Asamblea General de Naciones Unidas, *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*, serie de manuales sobre justicia penal, Viena, 2006, p. 99.

piensan como mediación penal. Es importante partir de las premisas de Howard Zehr³ –considerado el “abuelo” de la justicia restaurativa– para aproximar una definición y establecer que la justicia restaurativa:

- no es un programa orientado hacia el perdón y la reconciliación.
- no es mediación. Como en la mediación, muchos programas restaurativos se basan en la posibilidad del encuentro entre víctima, infractor y/o comunidad. No obstante, los encuentros no siempre son idóneos. Se puede actuar de forma restaurativa aun cuando el infractor, por ejemplo, no es conocido o no quiere participar. Por eso, limitar la justicia restaurativa a los encuentros, significa limitar su aplicación y eficacia.

También hay que buscar fórmulas no ideales y también restaurativas. ¿Qué ocurre si el infractor no está identificado? ¿Si no quiere reparar el daño o asumir su responsabilidad? ¿Y en cambio la víctima sí desea o necesita de la justicia restaurativa para empezar su camino hacia la curación?

Existen y deben buscarse diferentes herramientas y procesos restaurativos adaptados a cada caso y a cada circunstancia, aunque no sea el encuentro ideal víctima, infractor y/o comunidad, si será restaurativa en mayor o menor medida y si cumplirá con las expectativas de la víctima (sentirse escuchada, digna de respeto y consideración) y del infractor (tomar conciencia, a través de su encuentro con víctimas, de que sus delitos sí causan daños a otros seres humanos, generando así empatía en ellos y un paso importante para su reinserción).

- no es un programa en particular o una herramienta. Hay multitud de herramientas o programas específicos pero no se puede hablar de modelo puro o ideal, ya que debe adaptarse a cada país, a cada región y sus circunstancias, tradiciones y cultura.
- no está hecha exclusivamente para delitos leves e infractores no reincidentes.
- no es la panacea ni está destinada a reemplazar el sistema penal. Por lo dicho no es necesariamente lo opuesto a la Justicia Retributiva, ambas tienen los mismos objetivos, lo que

3. Zehr, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Intercourse PA, Good Books, 2007.

las diferencia es cómo conseguirlos. Ambas intentan no solo reducir los delitos sino también su impacto, la diferencia está en cómo hacerlo. Para la Retributiva se hace infringiendo al infractor un castigo/daño proporcional al que él causó, mientras que para la Restaurativa, se trata de aminorar este daño, devolviendo un poco de bien por el mal que se hizo, concien- ciando en la reparación del daño a la víctima.

¿En qué consistiría el enfoque restaurativo?

La Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Ibe- roamericanos (COMJIB) en República Dominicana en 2015 establece que

Los Estados respetarán el carácter educativo de las medidas a tomar res- pecto de los adolescentes que han infringido la ley penal, priorizarán la desjudicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infrac- ción, tomando en consideración las circunstancias particulares de vul- nerabilidad de las partes implicadas directa e indirectamente.⁴

El enfoque restaurativo no es nada nuevo, sino que trata de rea- firmar y hacer más fuertes los valores y principios que impregnan la Justicia, en este caso, de adolescentes.

Sin perjuicio de que los encuentros restaurativos –víctima, per- sona adolescente y familia– sean el ideal de justicia restaurativa, esta declaración reafirma que es posible dotar el sistema de justicia penal juvenil de un acercamiento humano y educativo, basado en la respon- sabilización de la persona adolescente y en la mejor atención a las ne- cesidades de todos los afectados, incluidos las del niño o niña.

Al respecto existe abundante normativa internacional que avala la existencia de este enfoque restaurativo; en las normas reguladoras del

4. Campistol, Claudia y Herrero, Víctor, “Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóve- nes infractores en el sistema penal”, 2017. Disponible en: <http://intercoconnecta.aecid.es/Ges tin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20 de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20 Restaurativa.pdf> [fecha de consulta: 05/11/2018].

sistema penal de adolescentes tan solo quedaría hacerlo realidad de una manera más eficaz y satisfactoria, incluyendo los encuentros víctima, persona adolescente y/o comunidad como el último escalón ideal, siempre que sea posible y viable para lograr la total satisfacción de los afectados por el delito y la responsabilización de la persona adolescente.

A continuación, citaré algunas normas sobre justicia juvenil con enfoque restaurativo:

- Resolución 1984/46 y 1986/10 del Consejo Económico y Social sobre alternativas a la prisión. Cuando sea posible se buscarán otras medidas que no impliquen privación de libertad para el menor; estas medidas alternativas fomentarán esta rendición de cuentas del joven y su reconexión con la sociedad y si fuera posible, su familia.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), Resolución 45/110. Las Reglas de Tokio indican que es necesario adoptar siempre que sea posible medidas no privativas de libertad, que a su vez fomenten la educación en valores restaurativos del menor como la empatía, para que así decida que no quiere volver a delinquir para no dañar a otro ser humano. La justicia juvenil pone énfasis en la reeducación, lo cual es compatible y congruente con la finalidad de la Justicia Restaurativa. En adultos puede ser más complicado, aunque no imposible; por el contrario, en jóvenes es donde encuentra mayor sentido y donde se puede ver que es más necesaria, si cabe.
- Resolución 14/2000 del 27 de junio sobre principios básicos del uso de la justicia restaurativa en procesos criminales. Las Naciones Unidas, desde hace ya varios años, han mostrado su interés en la justicia restaurativa en el ámbito penal y como fórmula para hacer una justicia más justa, aunque suene paradójico; así lo demuestran multitud de resoluciones como la presente del año 2000.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). La justicia restaurativa posee un efecto preventivo importante por cuanto facilita la asunción de responsabilidad del joven infractor, generando en él un deseo de cambiar y de vivir alejado del delito. Al menor

infractor se le va a decir que si quiere reparar el daño y asumir el hecho delictivo va a ser apoyado, lo cual genera un efecto positivo de menos jóvenes delinquiendo y reincidiendo.

El enfoque global que aplica la justicia restaurativa al abordar el delito y sus efectos hace que la familia del menor y su entorno tengan participación directa y principal, con lo que se produce una mayor cohesión y fortalecimiento familiar que, sin duda, ayudará al menor en su formación como persona adulta. Asimismo, la comunidad también juega un papel importantísimo; los beneficios van a repercutir en ella misma, pues será una sociedad más segura, con jóvenes más productivos y responsables. Estas directrices están precisamente enfocadas hacia la creación de una Justicia Penal Juvenil Restaurativa, donde prime la prevención y la educación antes que el castigo. Como mero ejemplo, se puede destacar el artículo 9 punto h):

... habla de la participación de los jóvenes en políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluidas la utilización de recursos comunitarios y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas.

En su artículo 10 habla de los procesos de resocialización, y tal y como propugna la justicia restaurativa, incluye la comunidad, la familia e incluso a los medios de comunicación así como resalta el aspecto pedagógico de la justicia juvenil para concienciar al menor y orientarlo hacia una vida sin delitos.

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing). El principio esencial de estas reglas es el de intervención mínima. Señala que las penas privativas de libertad solo serán aplicadas como último recurso y durante el plazo más breve posible.

Este principio, junto con el de oportunidad, es esencial para la Justicia Juvenil Restaurativa por cuanto tiene como objetivo fundamental la reeducación y la reinserción, además de la responsabilización y la participación activa, antes que el mero castigo pasivo; esto se consigue diversificando las medidas a adoptar por los jueces de menores, incluyendo medidas que fomenten la educación y reintegración del menor de nuevo

en la familia, en la comunidad y en la sociedad y acudir como último recurso a las medidas privativas de libertad cuando no quede otra solución.

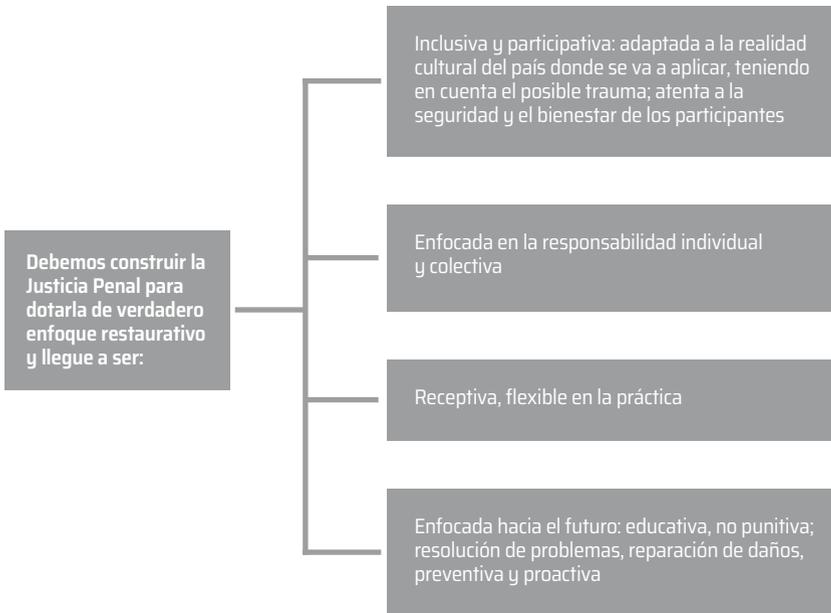
Como destacan estas reglas en su parte primera, tienen un papel de política social constructiva; y una buena política social constructiva se encuentra en los valores y principios de la justicia restaurativa, pues en lugar de mirar al menor solo por lo malo que ha hecho en el pasado, se le dará una oportunidad de mirarlo por lo bueno que puede aportar en el futuro.

Otro principio que propugnan estas reglas y que también está presente en el enfoque restaurativo es el de proporcionalidad; para cada delito se va a individualizar la medida a adoptar, teniendo en cuenta las circunstancias del menor (ambiente familiar y social, si asume o no el hecho delictivo, entre otras), de la víctima y del propio delito. De esta forma, la medida que se le aplique al menor será totalmente proporcional al delito cometido, convirtiendo la justicia no en mera burocracia, sino en una justicia más justa y humana. Estos principios junto con las referencias a las víctimas y la potenciación de la reparación del daño cuando sea posible, así como la participación de la comunidad, hacen que tanto estas reglas como la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada con posterioridad, tengan un espíritu eminentemente restaurativo.

- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). La misión de los centros de internamiento para que tengan un carácter restaurativo debe ser la reinserción y resocialización del menor para que vuelva a su familia y a su entorno, lo antes posible. De esta forma así también se estará reparando simbólicamente a la sociedad pues estaremos cambiando un potencial delincuente adulto por un joven con un futuro diferente. Y según estas reglas, este es el principio fundamental que deben tener los centros especializados, sustituyendo la visión represiva y destructiva por una constructiva.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). La protección de la salud física y psíquica del menor, el fortalecimiento de su entorno social proporcionándole un ambiente adecuado

para su desarrollo y protegiéndolo de los posibles abusos, supone también una medida de prevención, favoreciendo una mayor cohesión de la familia. Esta protección se favorece a través de una justicia restaurativa, en la que si el menor comete un delito, se facilitarán todas las medidas necesarias para que no solo decida no volver a delinquir, sino para que los valores restaurativos necesarios para que su vida de adulto sea más sana y satisfactoria –empatía, empoderamiento, diálogo, respeto y responsabilidad– se fortalezcan en él o ella.

¿Cómo enfocar la Justicia Juvenil para que tenga este enfoque restaurativo?⁵



5. Domingo, Virginia, Justicia Restaurativa, julio de 2018. Disponible en: www.lajusticiarestaurativa.com

Factores de la actual justicia que nos lleva a buscar una más restaurativa y humana

La justicia restaurativa surgió para cubrir los vacíos legales, es decir, para mejorar la justicia tradicional e incidir en aquellos aspectos en los que no funciona como debería. Estos aspectos son los siguientes:

- Las víctimas están fuera del sistema penal. Para la actual justicia retributiva importa más que se haya vulnerado la norma creada por el Estado, que el hecho en sí mismo de haber causado daño a una persona. Y además, la víctima solo declara como testigo en un hecho que la afecta tan directamente como es el delito.
- El sistema penal tradicional en muy rara ocasión fomenta la responsabilidad del infractor, y si lo hace suele ser para conseguir beneficios jurídicos; para el sistema penal no importa si se es o no culpable. El abogado probablemente le dirá que no confiese, salvo para conseguir algún beneficio. La justicia de por sí le dice que tiene un serie de derechos que, indirectamente, dan fundamentos para no reconocer los hechos. No hay espacio para la asunción de responsabilidad de forma voluntaria y por la necesidad de hacer lo correcto.
- En tercer lugar, todo es gestionado por profesionales; el sistema no se lo permite, ni a las víctimas, ni a la comunidad. Sin embargo, esta última es una víctima indirecta de toda clase de delitos y es que al igual que víctima e infractor, la comunidad tiene una serie de necesidades –por ejemplo, que sus preocupaciones sean atendidas– y como víctima, quiere sentirse reparada; esto se traduce en la posibilidad de recuperar a la víctima y al infractor como dos personas nuevas y productivas. También requiere tener una oportunidad de poder construir un sentimiento de comunidad, ya que tras el delito se pierde la confianza en el todo, en la sociedad, por eso a través de la mutua aceptación de responsabilidad –del infractor y de la comunidad– se va a generar un sentimiento de grupo. Se deben responsabilizar por el bienestar de sus miembros y promover, junto con los demás afectados, una sociedad más pacífica y

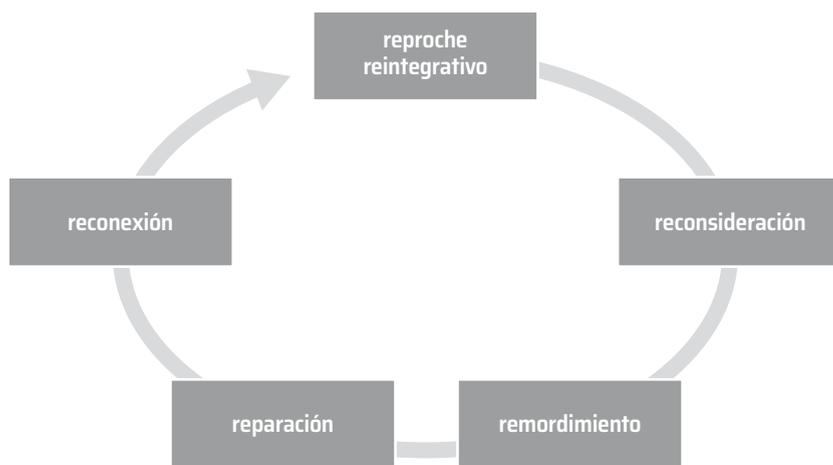
saludable. La comunidad necesita sentir que hay menos probabilidades de que el infractor vuelva a cometer un nuevo delito.

Estos tres aspectos hacen que la justicia restaurativa se revele como una forma de hacer justicia más justa, que se centre en el daño, en la oportunidad de que el infractor “haga las cosas bien” de forma voluntaria y porque es lo correcto, y por ende, en la mejor atención y reparación de los daños a la víctima.

A su vez, estos tres factores nos indican ya los primeros beneficios o efectos positivos de la justicia juvenil con enfoque restaurativo:

- Se va a atender a las víctimas de una forma más adecuada a sus verdaderas necesidades.
- Se va a intentar que la persona adolescente asuma su responsabilidad en lugar de limitarse a recibir el castigo, si fuera el caso.
- Se va a fomentar la participación activa de los realmente afectados.

Paradigma restaurativo⁶



6. *Ibíd.*, febrero de 2018.

Si el enfoque restaurativo trata de concienciar al menor infractor del daño que ha causado y de que no tenía derecho a hacerlo, la educación cobra especial importancia en el proceso de reinserción. Los adolescentes tienen una personalidad en formación, son proclives a dejarse guiar por las “compañías” y es en ellos donde la educación puede suponer de una forma más acusada un punto de inflexión para querer cambiar y vivir alejados del delito.

Beneficios reales y tangibles

La justicia tradicional promueve en la persona adolescente una actitud pasiva. La Justicia Restaurativa fomenta una actitud activa y constructiva. El enfoque restaurativo implica un cambio de paradigma doble:

- Dejar de centrarnos en el binomio: delito/pena, y cambiarlo por el de daño/reparación.
- En lugar de obligar a comportarse bien por la amenaza del castigo, alienta a la persona adolescente a tener empatía,⁷ a no querer delinquir; se ha dado cuenta de que no quiere dañar a otro ser humano. De esta forma, la persona adolescente de forma voluntaria asume que fue su culpa y se compromete a “hacer las cosas bien”, a reparar el daño, en el más amplio sentido. Es probable que se genere en ellos un punto de inflexión por el que decida no volver a delinquir.

Más beneficios

El desistimiento del delito es un beneficio que posibilita la reducción de la reincidencia. El adolescente ve a la Justicia Restaurativa mucho más justa y le da más legitimidad, siente que es apoyado si quiere cambiar.

La pregunta importante en este punto es: ¿Cómo actuar ante el desistimiento? ¿Qué motiva el cambio para abandonar la carrera criminal? ¿Cómo es el proceso de querer cambiar?

7. Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Editorial de la Universidad de Chicago, 1962.

Para responder de forma indirecta a estas preguntas, debemos responder antes la siguiente ¿Qué tiene que aprender el Estado de la Justicia Restaurativa para lograr el desistimiento?

- El concepto de delito que tiene el Estado debe cambiar.⁸
- Reconocer las emociones como valor esencial para gestionar el delito (de la vergüenza al orgullo).
- El sistema penal es demasiado ceremonial y protocolario. No se hace nada para remover el estigma de la persona adolescente, infractora sin posibilidad de reinserción y víctima de por vida.

Se trata de incluir el aspecto emocional del delito y no solo el jurídico. Para la Justicia Restaurativa, la persona adolescente es la persona que potencialmente puede desistir y dejar de delinquir. Implica un proceso de diálogo entre la posibilidad del desistimiento y el reclamo de las víctimas, compromete al adolescente a no volver a delinquir: desistimiento, reducción de la reincidencia.

La justicia tradicional no fomenta la responsabilización del infractor. Y hay pocas probabilidades de que decida no volver a delinquir, estigmatiza, da la oportunidad para que justifique o niegue el delito, este temor al castigo no es determinante para que decida desistir del delito. El desistimiento y la Justicia Restaurativa, al contrario de la justicia tradicional, están orientados hacia el futuro; la persona adolescente va a ser mirado por lo bueno que haga desde ese momento en adelante.

El efecto positivo será menos jóvenes delinquiendo; la responsabilización los lleva a la vergüenza reintegrativa: “es el reproche de los ojos de los que te quieren los que te pueden hacer cambiar”.⁹ Se trata de avergonzarlos de forma positiva.

A modo de conclusión es posible afirmar:

- La justicia restaurativa favorece el desistimiento, lo que lleva a la disminución de la reincidencia.
- Cuando las víctimas se sienten más satisfechas, la principal necesidad de seguridad está atendida.
- Comunidad más satisfecha.
- La justicia restaurativa es una justicia más justa.

8. Zehr, Howard, *Cambiando de lentes: Un nuevo enfoque para el Crimen y la Justicia*, op. cit. Nils, Christie, *El control del crimen como industria*, Routledge Classics, 2016.

9. Braithwaite, John, “Setting Standards for Restorative Justice”, en *British Journal of Criminology*, vol. 42, 2002, pp. 563-577.

Más efectos positivos de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa favorece la eliminación de “etiquetas”. Nadie debería ser considerado delincuente de por vida, ni víctima permanente. Ayuda a los impactados por el delito a sanar y poder “pasar la página”. Esto incide directamente en la mejor atención a la víctima e incluso a la persona adolescente. Las necesidades que surgen tras el delito se atienden de forma más satisfactoria para los realmente afectados por este. Se atiende la necesidad de seguridad de la víctima; eso es así porque la justicia restaurativa es un proceso voluntario y activo que da la oportunidad al infractor de hacer las cosas bien, sin imponérselo de forma coactiva. La persona adolescente va a comprender entonces que dañó a otra persona y no querrá volver a hacerlo.

Se atiende a la restauración emocional, los delitos son estresantes. El sistema falla porque trata a todos los delitos por igual. La justicia restaurativa es más humana, tiene en cuenta cada caso, cada parte y sus circunstancias. Así, la respuesta y atención a las víctimas es más eficaz y sobre todo, sanadora. Permite satisfacer las necesidades básicas como la de información, obtención de respuestas (especialmente por qué a mí) y sobre todo participación durante todo el proceso, de allí su importancia. Víctima e infractor se ponen rostro, ahondando en su humanidad olvidada o perdida. La participación hace que se sientan reconocidos y respetados.

Tampoco podemos olvidar que una necesidad de la persona adolescente es ser ayudado a entender el impacto de su acción y a asumir su responsabilidad, y esto también es un efecto positivo de este enfoque restaurativo. Y es que el efecto más impactante es que ayuda a la persona a enfrentar los daños causados, ahondando en su responsabilidad. Otro efecto positivo es la transformación. Para la persona adolescente, lo ideal sería transformar su actitud y comportamiento, intentando eliminar o cambiar el impulso que le llevó a delinquir. Para las víctimas sería transformar su dolor, resignificar lo sufrido e incorporarlo como un aspecto más de su historia vital.

Prevención del delito y conflictos

Una pregunta importante sería: ¿es posible en lugar de poner la “tiritita para curar el daño” evitar tener que curarlo, o al menos si la herida se da, que sea lo menos grave posible?

Estoy hablando de adelantar la prevención. Otra forma de prevenir los delitos y reducir la criminalidad es abordando de forma restaurativa los delitos más leves. Se trataría de evitar que delitos de escasa entidad, que generalmente derivan de un conflicto previo, acaben en daños y delitos más graves.

Es otra forma de reducir la criminalidad, evitar daños más graves y prevenir conductas violentas. Además, se fortalecen los lazos de la sociedad.

Se educa a los jóvenes en una cultura de paz y no violencia. Por eso, la gestión de las conductas antisociales o de delitos de escasa entidad con un enfoque restaurativo supone una forma de evitar la escalada del conflicto.

Conclusiones finales

- Las diferentes prácticas restaurativas son una forma ideal de hacer realidad la justicia restaurativa.
- El enfoque restaurativo permite mejorar la legislación y las medidas a adoptar por los juzgados para adecuarlas a esta visión más humana de la justicia atendiendo a la responsabilización y la mejor atención a las necesidades de los afectados.
- Se trata de potenciar y mejorar las disposiciones que ya establecen las leyes sobre adolescentes y mejorar su uso y aplicación.
- Mejorar el uso de las medidas alternativas haciendo que el internamiento, si fuera necesario, tenga como prioridad este enfoque restaurativo.
- Favorecer el uso de diferentes prácticas restaurativas cuando sea posible (mediación penal, conferencias, círculos).

Bibliografía

BRAITHWAITE, John, “Setting Standards for Restorative Justice”, en *British Journal of Criminology*, vol. 42, 2002.

CAMPISTOL, Claudia y HERRERO, Víctor, “Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal”, 2017. Disponible en: <http://interconecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>

CHRISTIE, Nils, “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”, en COHEN, Stan; HULSMAN, Louk; MATHIESEN, Thomas y otros, *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, EDIAR, 1989.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, España, Ediciones Criminología y Justicia, septiembre de 2013.

ITURBE, M. O. “La nueva victimología: nuevo enfoque criminológico de la víctima del delito”, en *Revista penal y penitenciaria*, Madrid, 1958.

KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Editorial de la Universidad de Chicago, 1962.

OXIN, Claus, “La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991.

QUERALT JIMENEZ, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, T. XLIX, fascículo I, 1996.

ZEHR, Howard, *Cambiando de lentes: Un nuevo enfoque para el Crimen y la Justicia*, Pennsylvania, Herald Press, 1990.

_____, *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*, España, Editorial Good Books, 2007.

Mediación penal en adultos y jóvenes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El Instituto, sus similitudes y diferencias en la regulación en el Código Procesal Penal y en el Régimen Procesal Penal Juvenil

Gabriel Fava* y Gonzalo López**

Introducción

Ante todo resulta indispensable establecer una posición concreta del instituto de la mediación en el marco del sistema de justicia penal. La mediación penal, en otras legislaciones internacionales, fue incorporada a partir de finales de los años setenta o principios de los años ochenta, es mucho más reciente en nuestro sistema de justicia. Podemos afirmar que ella fue incorporada en los últimos quince años a través de la sanción de los nuevos códigos procesales que tienen una impronta más bien acusatoria. Pese a ello, aun en la actualidad, la mediación, como Instituto específico, no fue incorporada a la normativa de fondo, puesto que la reforma introducida por Ley N° 27147¹ en nuestro Código Penal –en adelante CP– que modificó el régimen de extinción de las acciones solo

* Abogado (UBA). Doctorando en Derecho Penal por la Universidad del Salvador (Buenos Aires). Magíster en Mediación Penal por la Universidad de Valencia (España). Investigador en el Instituto Max Planck de Friburgo (Alemania). Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Resolución de Conflictos: Mediación y Estrategias de Negociación por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Secretario de Cámara de la Defensoría N° 2 ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

** Abogado (UBA). Maestrando en Magistratura (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA) y en Problemáticas Sociales Infanto-juveniles (UBA). Funcionario del Ministerio Público de la Defensa de la CABA. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF).

1. Ley N° 27147, sancionada: 10/06/2015, promulgada: 17/06/2005, publicada: BO N° 33153 del 18/06/2015.

incorporó a través del artículo 59 inc. 6 dos mecanismos de resolución de conflictos: la conciliación penal y la reparación integral del perjuicio.²

La introducción de la mediación en las distintas legislaciones procesales que conservaban las formas clásicas de respuesta del sistema penal a través del esquema bifronte delito/pena constituyó un verdadero quiebre paradigmático en las formas de administrar justicia y de generar distintas vías de acceso a ella.³

La mediación es un instrumento básico de la Justicia Restaurativa, y la mediación penal constituye un mecanismo complementario y adecuado de solución de conflictos ante un problema que el sistema penal (juvenil o de adultos) visibilizó como delito.⁴

La mediación penal se establece como una forma de resolver conflictos a partir de la cual las partes involucradas pueden llegar a una solución de sus controversias de manera libre, voluntaria y por sus propios medios con la ayuda de un tercero neutral en el marco de la confidencialidad.⁵ Por ello, la mediación penal implica, cuando se lo-

2. En el art. 59 inc. 6 del Código Penal se prevé: “La acción penal se extinguirá: [...] 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

3. En este punto es importante recordar que el acceso a la justicia en sentido amplio o el “acceso a justicia” tal como fue denominado con posterioridad implica, por un lado, el acceso efectivo al sistema de justicia y, por otro, que las personas vean satisfechas sus demandas mediante un cúmulo de respuestas y posibilidades amplias brindadas por el propio sistema de justicia. Es decir que el acceso a justicia comprende, al mismo tiempo, verdaderas posibilidades de acceso y el acceso a una tutela efectiva, aunque no necesariamente jurisdiccional.

4. En referencia a la mediación penal como Instituto debemos destacar que la mediación no es un mecanismo alternativo, sino que antes bien es un mecanismo complementario y adecuado de resolución de conflictos para aquellas conductas que el sistema penal capturó como presuntos hechos delictivos. Así, por ejemplo para la Decisión Marco del Consejo de Europa del 15/03/2001, “la mediación en causas penales es 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” (art. 1, punto e). Decisión Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Fo22o&from=EN> [fecha de consulta: 10/12/2018]. Además, la mediación al igual que otros mecanismos adecuados de resolución de conflictos, al respetar los derechos fundamentales de las personas, deben ser, de mediar voluntad de las partes, mecanismos prioritarios de aplicación por sobre las respuestas clásicas del sistema de justicia penal.

5. Renis, Carlos G., “La mediación en el ámbito de la justicia penal juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Quintero, Alejandra (coord.), *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Editio-

gra el acuerdo entre las partes involucradas, colocar ciertas acciones por fuera de la persecución penal convencional. Así, el quiebre paradigmático al que hacemos referencia viene constituido por la incorporación de mecanismos innovadores en la justicia penal que implican crear un ámbito en el que las víctimas e infractores pueden formular propuestas y decidir las formas de solución para sus controversias.⁶

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene como competencia originaria la contravencional. En esta materia, tanto el Código Contravencional sancionado en 1998 (Ley N° 10), como el que actualmente se encuentra en vigencia sancionado mediante Ley N° 1472 en el año 2004, ya incluían a la mediación como un mecanismo adecuado de solución de conflictos. Tres años más tarde, en el año 2007, fue sancionado el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 2303) –en adelante CPPCABA– y, poco después, el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 2451) –en adelante RPPJ CABA–. Ambos cuerpos normativos incorporaron en su legislación –entre otros– la mediación como un mecanismo adecuado de solución de conflictos que permite el archivo de las actuaciones.⁷ Mientras que en el CPPCABA la mediación se

rial Jusbaire, 2016, pp. 99-100. Sostiene que “La mediación podría ser definida como un proceso de resolución de conflictos confidencial, en la cual las partes voluntariamente deciden incorporar a un tercero que desde la neutralidad los ayudará con técnicas diversas e interdisciplinarias a arribar al mejor acuerdo posible que aquellas puedan darse, desde el presente y para el futuro. Como se puede apreciar, la definición anterior contiene todos los elementos que integran, definen y distinguen a la mediación, es decir, confidencialidad, voluntariedad, neutralidad, interdisciplina desde la especialización, autocomposición en el acuerdo arribado y conciencia de reparación para el futuro”.

6. *Ibíd.*, pp. 99-100. Sostiene que se ha comenzado a trabajar para el cambio positivo y que ello se debe a un cambio de paradigma que se ha dado en dos cuestiones fundamentales “El primer cambio de paradigma que quiero destacar es la consideración de la justicia de carácter restaurativa y no la de carácter retributiva, poniendo el acento y la consideración en la primera [...] El segundo cambio de paradigma es la inclusión de la mediación penal juvenil como forma de resolver conflictos, a partir de la cual las partes involucradas pueden llegar a una solución, más allá del marco del Estado que los contenga. Es totalmente innovador pensar en este ámbito que las partes pueden decidir la forma de solución”.

7. En la Ley N° 2303, CPPCABA, Art. 204 inc. 2, además de la mediación se recepta la *composición* como mecanismo adecuado de solución de conflictos. Por su parte, la normativa penal juvenil (Ley N° 2451), además de la mediación penal juvenil (arts. 53 a 74 RPPJ CABA), incorpora como mecanismo de solución de conflictos exclusivamente para jóvenes la *remisión* (art. 53 y 75 RPPJ CABA). A esto hay que sumarle tal como ya

encuentra regulada en un solo artículo (art. 204 inc. 2 del CPPCABA), y otros artículos tan solo hacen referencia a los efectos de un acuerdo incumplido,⁸ en el RPPJ CABA la mediación se encuentra regulada e instrumentada en 22 artículos (arts. 53 al 74) y se establecen diferentes pautas en torno a su aplicación.⁹ A ello debemos sumarle que recientemente mediante la sanción de la Ley N° 6020 existió una significativa reforma al CPPCABA que afectó el artículo 204 restringiendo y limitando la aplicación de la mediación penal en adultos, distanciándola aún más de lo establecido en la normativa penal juvenil.

La Justicia Restaurativa y la mediación penal

La Justicia Restaurativa en el sistema penal constituye un modelo de justicia que propicia, ante todo, darle una solución a los conflictos que se ocasionan por infracción a una norma penal. Así, este modelo de justicia persigue mediante la utilización de múltiples y diversos

dijimos que por Ley Nacional N° 27147 se incorporó en el Código Penal la conciliación y la reparación integral del perjuicio, por lo que también esos institutos se encuentran vigentes en todo el territorio de la República.

8. *Ibidem*, Art. 199: Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión. “El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: inc. h: El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el art. 204 inciso 2. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del/la imputado/a pero existió composición del conflicto [...] Para que proceda el archivo por esta causal en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas”. Art. 203: Efectos del archivo. “... Si el archivo se hubiera dispuesto por las otras causales previstas en el artículo mencionado, se podrá reabrir el proceso cuando se individualice a un/a posible autor/a, cómplice o encubridor/a del hecho, aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución y cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación”. Art. 91: 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. A tal fin, el/la Fiscal deberá disponer la investigación para: [...] 4) Propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos”.

9. Es importante recalcar la importancia normativa de la consagración de la mediación en el RPPJ CABA, puesto que este régimen cuenta con 91 artículos, por lo que los artículos referidos a la mediación penal juvenil ocupan exactamente el 24,17 por ciento de ese cuerpo legal.

mecanismos, –la mediación es uno de ellos–, reparar el daño social y/o individual que se produjo, antes que la neta imposición de un castigo a quien originó el daño. La Justicia Restaurativa (también denominada reparadora) se encamina hacia la reparación del daño causado, pero siempre desde la perspectiva de restablecer el lazo comunicacional que se ha dañado o roto y restaurar la paz social.¹⁰

La instrumentalización en el sistema penal de la Justicia Restaurativa a través de sus mecanismos (mediación, conciliación, composición, reparación integral del perjuicio y remisión, entre otros) recrea espacios de comunicación allí donde el lazo comunicacional ha sido dañado o se ha roto. Por ello, esta forma de justicia se centra tanto en la vulneración de las relaciones entre las personas, como en el daño material y social que se ha causado.¹¹ Esta justicia reparadora, a diferencia del sistema clásico, no castiga sino que compensa, no excluye en centros cerrados de detención sino que escucha, explora necesidades y reintegra. Tampoco impone, sino que a través de esa escucha activa formula propuestas y acuerda.¹²

La mediación penal como un mecanismo esencial de la Justicia Restaurativa permite una resignificación desde lo social del conflicto que el sistema penal captó como presunta conducta delictiva. Esta resignificación desde lo social viene dada porque las partes con ayuda del mediador buscan primordialmente restablecer ese lazo comunicacional dañado y una vez restablecido este, buscan, proponen, deciden y en muchos casos arriban a una solución para ese conflicto. Así se

10. Por su parte, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25/10/2012, en su art. 2-1d) define a la Justicia Restauradora como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:ES:PDF> [fecha de consulta: 10/12/2018].

11. Domingo, Virginia, “¿Qué es la justicia restaurativa?”, en *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, Burgos, Barcelona, Palma de Mallorca, Criminología y Justicia (eds.), 2013, p. 8), sostiene que “mientras la justicia retributiva centra su análisis en la violación de la norma, la justicia restaurativa se centra en la vulneración de las relaciones entre las personas, en el daño que se ha causado” (el resaltado nos corresponde).

12. Larrauri, Elena, “La reparación”, en Cid Moliné, José; Larrauri, Elena (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 186. Sostiene que Justicia Reparadora es aquella que “compensa (en vez de ‘castiga’), reintegra (en vez de ‘excluye’) y media (en vez de ‘impone’)”.

genera una nueva atribución de roles sociales de participación en donde la víctima ocupa un papel protagónico y el infractor asume una responsabilización producto de lo cual se beneficia con una reintegración antes que con una exclusión.¹³

En este contexto, la mediación penal se esgrime como un instrumento fundamental y, al mismo tiempo, como un mecanismo eficiente, eficaz y efectivo a los problemas clásicos y de antaño del *ius puniendi* estatal.¹⁴

La mediación se desarrolla sobre tres ejes:

... la deslegalización –la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión–; la desjudicialización –la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos estatales de justicia centralizada–; la desjuridificación –el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio–.¹⁵

La mediación guarda un intrínseco valor como un proceso transformativo en sí mismo y como “un mecanismo transformador del sistema de justicia mediante el que pueden obtenerse objetivos de mejora de la respuesta al conflicto y de redistribución dignificadora de los

13. Sánchez, José Ricardo J., *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, pp. 36-37, ha sostenido con criterio que “La mediación se caracteriza, cualquiera que sea su denominación, porque dos o más partes intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, que puede asesorar o proponer acuerdos, facilitando esencialmente la comunicación de las partes para que ellos lleguen a los mejores acuerdos”. Así, este autor en el entendimiento de que la comunicación es un elemento esencial en este método de resolución de conflictos, sostuvo que se podría definir el proceso de mediación “como el consistente en dotar a las partes en conflicto de unos recursos comunicativos de calidad para que puedan solucionar el conflicto que se traigan entre manos”.

14. Hernández García, Javier, “Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”, ponencia presentada en las IX Jornadas de Derecho Penal en memoria de José María Lidón, celebradas el 21 y 22 de noviembre de 2012 en Bilbao. Explicó que “La diferente lógica funcional se proyecta en que, a diferencia de la justicia penal, la mediación no tiene como objetivo primario la determinación de las responsabilidades ni la identificación de los tipos ni la graduación de la respuesta sancionatoria, sino la construcción de nuevas relaciones capaces de generar soluciones superadoras del conflicto. A diferencia de la justicia penal clásica, la mediación otorga a las partes el poder de gestionar su crisis, favoreciendo que la expresión directa de los sentimientos, el intercambio sobre las causas del conflicto intrapersonal y social permita, a la postre, fuera de estructuras formalizadas, la identificación de soluciones más equitativas”.

15. Ídem.

roles de partes”.¹⁶ Pese a ello, habitualmente este mecanismo no es tan fácil de consagrar legislativamente con una regulación que lo recepte en forma amplia y sin limitaciones propias de un modelo de Justicia Retributiva. Muchas veces este mecanismo no resulta tan simple de instrumentar debido a un marcado déficit cultural e ideológico. Por ello, los mecanismos adecuados de resolución de conflictos en general y la mediación en particular siempre constituyen un tema clave en la agenda política criminal legislativa y en los actos políticos criminales concretos de los magistrados encargados de propiciar su aplicación.

Resulta necesaria, entonces, la divulgación de este mecanismo y la muestra de su idoneidad para visibilizar su eficiencia, eficacia y efectividad a la hora de resolver conflictos que han ingresado al sistema penal. En este sentido, creemos que resulta prioritario no olvidar que en nuestro país la mediación, tal como veremos en el apartado siguiente, posee una base constitucional que la sustenta, y que no puede ser desconocida por las legislaciones procesales que la recepten.

La Justicia Restaurativa y la mediación en perspectiva constitucional

Como cuestión preliminar de este apartado consideramos que debemos entender la Justicia en general como un acto estatal legítimo, y a la Justicia Restaurativa en particular como la primera respuesta estatal indispensable y necesaria, dado que ella nos da una pauta bastante marcada de nuestra integración como sociedad democrática. En este punto, estamos convencidos de que existe un deber del Estado en la figura de sus distintos operadores de promover y aplicar con prioridad los postulados de la Justicia Restaurativa y sus institutos específicos. Es que si la posible infracción llegó al sistema penal como un síntoma debemos contar con la capacidad, como integrantes de ese sistema, de otorgar prioritariamente soluciones que no impliquen lisa y llanamente la aplicación de la norma coactiva y, más aún, cuando esa infracción es cometida por jóvenes en conflicto con la ley penal.

16. Ídem.

La Justicia Restaurativa en nuestro país, tal como anunciamos con anterioridad, se asienta en una importante base constitucional. Si prestamos atención a la Constitución Nacional de 1853, notaremos que ya el preámbulo nos indica como objeto “afianzar la justicia, consolidar la paz interior y promover el bienestar general”. Si bien algunos de estos objetivos como el de consolidar la paz interior fue pensado para el momento histórico que vivía la Nación por ese entonces, nada implica que –ya superada hace tiempo esa circunstancia– no puedan entenderse otras nuevas formas de consolidar la paz interior, y qué mejor para ello que los postulados propios de la Justicia Restaurativa que, tal como ya lo hemos indicado, dando protagonismo a la víctima restaura los lazos comunicacionales que se han roto y reintegra al infractor. Estas nuevas formas de consolidar la paz interior no son más que darle extensión a nuestra democracia como un estilo de vida, más allá de como una forma de gobierno.¹⁷ En el mismo sentido, si se aplican los postulados propios de la Justicia Restaurativa y se logra imponer una solución dialogada allí donde iba a aplicarse la norma coactiva se promueve el bienestar social general. Finalmente, si todas las partes involucradas en el conflicto ven satisfechos sus intereses de una forma más efectiva y hasta quizás más rápida que con el sistema clásico no queda duda que también se consolida y se afianza la justicia.

Por otra parte, tampoco podemos desconocer que el artículo 33 de la Constitución Nacional establece que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que *nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”. En este aspecto también, qué mejor forma de entender la soberanía del pueblo que aquella en que las partes que se encuentren involucradas en algún conflicto lo resuelvan por sus propios medios y con las herramientas que les proporciona el Estado. Finalmente, y en lo que respecta a la Constitución Nacional, tampoco podemos desconocer que el artículo 42 agregado luego de la reforma constitucional de 1994, si bien es destinado

17. Vives Antón, Tomás S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *Poder Judicial*, N° Extra 2, 1987, señala “La democracia es, precisamente, aquel sistema de gobierno en que los procedimientos de decisión sólo pueden estimarse correctos si los ciudadanos han participado directa o indirectamente en los mismos y si esa participación ha sido el fruto de una opción libre y racional. En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta; pero ‘correcta’ no es sólo materialmente ‘verdadera’”.

a regular las relaciones de consumo, estipula: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde hace tiempo contempla específicamente la mediación en su Constitución. Conforme con lo dispuesto en la reforma de la Constitución de la Nación Argentina realizada en el año 1994, y con la sanción del artículo 129, la Ciudad de Buenos Aires obtuvo una mayor autonomía, lo que la habilitó a dictar su propia Constitución y a tener un gobierno autónomo. Así es como en el año 1996 se sancionó la norma fundamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consideró directamente en tres de sus artículos a la mediación. En primer lugar, como una atribución de la Legislatura de la Ciudad. Se estipula en el texto que la Legislatura con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros sanciona las leyes que *regulan la mediación voluntaria* (art. 81 inc. 2 de la Constitución de la CABA –en adelante CCBA–). En segundo lugar, como una de las atribuciones del Poder Judicial, quien debe *organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente* (art. 106 CCBA) y, en tercer lugar, como una de las funciones de las Comunas, quienes en forma concurrente con el gobierno de la Ciudad ejercen, entre otras, la siguiente competencia: “la implementación de un adecuado método de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación, con participación de equipos multidisciplinarios” (CCBA, art. 128, inc. 6).¹⁸

Con este marco constitucional de base, los códigos que fueron sancionados con posterioridad en la CABA contemplaron la mediación y, además, otros mecanismos de resolución de conflictos.¹⁹

Así, tanto la mediación penal para adultos establecida en el artículo 204 inc. 2 del CPPCABA, y la mediación penal juvenil establecida por los artículos 53 a 74 del RPPJ CABA, albergan una base constitucional que las sustenta. A su vez, este derecho constitucional a la mediación se encuentra reforzado con lo establecido en los tratados internacionales con jerarquía constitucional que fomentan la aplicación de este mecanismo, al mismo tiempo que consagran la aplicación del Derecho Penal como *ultima ratio*, más aún cuando se trata de jóvenes en

18. Es decir que en la Constitución de la CABA tanto en el *Título Tercero* referido al *Poder Legislativo*, como en el *Título Quinto* referido al *Poder Judicial* y en el *Título Sexto* referido a las *Comunas* se contempla a la mediación.

19. Ver cita 7.

conflicto con la ley penal.²⁰ Este panorama se completa con el derecho humano fundamental de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, entendido no solamente como acceso a la jurisdicción, sino antes bien como la posibilidad de obtener respuestas ágiles y eficientes del sistema de justicia que deje satisfechos tanto a víctimas como a infractores, derecho que también es específicamente reconocido respecto a las víctimas por el artículo 25 de la CADH.²¹

Por todo ello, entendemos que se debe tener presente que cuando se solicita la aplicación o la posibilidad de acceso a la mediación penal no se está más que ejercitando un derecho constitucional que debe contar con prioridad por sobre las otras respuestas del sistema de justicia penal. Siempre con miras a este norte debemos entender este mecanismo adecuado de resolución de conflictos que la Ciudad supo recoger en sus distintos documentos.

Las características de la mediación penal en CABA

La mediación penal, más allá de que se trate de una mediación penal con adultos o de una mediación penal juvenil, en todo momento estará sujeta a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las partes que deseen participar de una mediación penal serán derivadas al “Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA”. Este centro cuenta con un cuerpo de abogados mediadores y un equipo interdisciplinario,²² quienes son los encargados de llevar a cabo

20. Debe remarcarse que el art. 37, inc. b, de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el encarcelamiento o la prisión de un niño “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

21. La Organización de Estados Americanos afirmó que el acceso a la justicia es un Derecho Humano fundamental y, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados. Además, Álvarez, Gladys, en *La mediación y el acceso a la justicia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 46-47, enseñaba que “1) el acceso a la justicia no puede ser encarado en el estrecho esquema de acceso al sistema formal de la jurisdicción, y que 2) El acceso efectivo a justicia implica el acceso a una tutela eficiente y no necesariamente jurisdiccional”.

22. El Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos de la CABA fue creado por la Resolución de Presidencia del Consejo de la Magistratura N° 105/2013, de febrero de 2013. Disponible en: <https://consejo.jusbaires.gov.ar/>

la mediación penal juvenil y también la mediación penal con adultos, e incluso aquellas en las que se encuentran involucrados niños y adultos.²³

Las partes que deciden participar de una mediación antes de prestar su consentimiento siempre serán informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo. En este sentido, ninguna de las partes podrá ser obligada a someterse a mediación pudiendo, en consecuencia, en cualquier momento apartarse de la misma. Además, se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación y el/la fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo de la mediación hasta que esta haya finalizado y, en su caso, mediante la remisión del acta correspondiente con el acuerdo alcanzado o sin este.²⁴ De manera previa y durante la sesión o sesiones de mediación se garantizará la igualdad y equidad de partes, ya que esto permite mantener determinado equilibrio entre las posiciones de las partes y resulta indispensable para que el acuerdo final sea construido por las partes de la forma más justa y equitativa posible. El fiscal, conforme al acta de acuerdo satisfactorio que se le haya hecho llegar mediante los parámetros antes mencionados, dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la mediación penal tiene lugar en la actualidad durante el curso del proceso, es decir, que

gov.ar/documentacion/resoluciones/presidencia/201CEE12Ao68EoCD3658DoFo48431D5D [fecha de consulta: 10/12/2018]. Asimismo, cabe mencionar que durante el año 2014, mediante el dictado de resoluciones posteriores, se modificó la estructura de ese Centro de Mediación. En la actualidad el Centro cuenta con un equipo de profesionales de múltiples disciplinas capacitados para llevar adelante interdisciplinariamente las distintas prácticas que realiza.

23. Cabe aclarar que, tal como su propio nombre lo indica, el Centro no se dedica exclusivamente a instrumentar las audiencias de mediación penal, sino que también su labor se concentra en el trabajo con otros métodos de abordaje y solución de conflictos como la conciliación y/o la composición. Asimismo recurre a la implementación de abordajes y prácticas restaurativas en general conforme a las necesidades de los operadores poniendo en marcha, por ejemplo, el plan de “Encuentro Familiar para la Composición del Conflicto”.

24. No puede desconocerse que los procesos de mediación son confidenciales, y que si bien siempre se realizan en el ámbito de la Ciudad sin reconocer hechos ni derechos, no resulta conveniente ni adecuado que quien tiene a su cargo la investigación y la acusación participe de estos procedimientos. A lo sumo podrá hacerlo la Oficina de Asistencia a la Víctima y el Testigo –OFAVyT– dependiente del MPF, –tal como ocurre cotidianamente– y a los efectos de asesorar jurídicamente o prestar asistencia a la/s víctima/s del posible hecho delictivo.

se trata de una mediación intrajudicial e intraprocesal, guardando así siempre una relación temporal con el proceso judicial.²⁵

El procedimiento de mediación intraprocesal establecido por la normativa puede ser requerido, entendemos, hasta el inicio del debate, dejando de lado en este aspecto la mediación postprocesal, en la ejecución o, incluso, la mediación penitenciaria.²⁶ Más allá de algunas limitaciones establecidas jurisprudencialmente, y más allá de que en parte de la normativa de adultos se establece que el Fiscal podrá proponerla durante la etapa de investigación preliminar preparatoria y antes del requerimiento de elevación a juicio, entendemos que al tratarse ni más ni menos que del ejercicio de un derecho constitucional, nada impide que durante todo el curso del proceso las partes puedan solicitarle al juez la derivación del caso al Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos para la apertura de una instancia oficial de mediación. De allí que hasta el inicio de la audiencia de debate nada impide a las partes, de prestar su conformidad, la posibilidad de participar de una audiencia oficial de mediación.

25. Marques Cebola, Cátia, *La mediación*, Madrid, Marcial Pons Editores, 2013, p. 147, indica que “la mediación intraprocesal se verifica cuando ya está pendiente un proceso, que deberá quedar en suspenso hasta el fin de la mediación, debiendo continuar si el acuerdo no fuere obtenido o concluirse si las partes obtuvieren la solución del conflicto”. Este mismo autor señala que “la catalogación de la mediación como judicial o intrajudicial podrá inducir a pensar que es llevada a cabo por el juez del proceso, posibilidad que rechazamos de plano porque consideramos que la imparcialidad del mediador no es compatible con el papel de decisor del juez que, además, en caso de no obtener acuerdo tendría después que decidir el proceso, lo que violaría los principios de neutralidad y confidencialidad característicos de la mediación”.

26. Ídem. La mediación postprocesal es aquella que versa sobre los conflictos que surgen después de la sentencia judicial relativos, entre otras razones, al contenido, extensión o formas de cumplimiento de la resolución del tribunal. La mediación en la etapa de ejecución es aquella propia de la etapa de cumplimiento de la condena que puede versar, por ejemplo, sobre una posibilidad de salida transitoria, libertad condicional o asistida a la que pueda acceder el detenido. Finalmente, denominamos mediación penitenciaria a aquella mediación que surge como consecuencia de los conflictos vividos por los internos entre sí adentro de la prisión, o a aquellos conflictos que puedan surgir en este ámbito entre internos y personal penitenciario. En las Reglas Mandela, puntualmente en la regla N° 38, se alienta a los establecimientos penitenciarios a utilizar para la prevención de conflictos “la mediación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias para evitar las faltas disciplinarias y resolver conflictos”. Asimismo, en la regla N° 76 se estipula que la formación del personal penitenciario también deberá versar en técnicas de negociación y mediación. Disponible en: <http://reglasmandela.com.ar/01.%20Reglas%20Mandela.pdf> [fecha de consulta: 10/12/2018].

La mediación penal como mecanismo idóneo de resolución de conflictos

La mediación penal resulta el mecanismo más idóneo de solución de conflictos de muchos de los casos que fueron captados por el sistema penal, puesto que en ella siempre interviene un tercero imparcial y neutral (mediador), con formación específica y conocimientos teóricos y prácticos que se encarga de acercar a las partes coadyuvando a la búsqueda de sus propias soluciones. Así:

... el mediador percibiendo los objetivos de las partes y los obstáculos y recursos disponibles, emplea técnicas e instrumentos para fomentar el diálogo entre los sujetos en disputa, en orden a que se construyan alternativas de solución, debiendo escoger la que mejor responda a los intereses de ambos.²⁷

En lo que concierne a las partes y siendo la mediación un método autocompositivo, su participación será la más activa en relación a todos los restantes mecanismos de resolución de conflictos. De hecho el papel de los mediados no se restringe a la mera elección de este medio para resolver su conflicto, siendo igualmente piezas fundamentales en la resolución de la controversia.²⁸

En cuanto al método,

... la mediación implicará la aplicación de metodologías, instrumentos y técnicas en cada caso en concreto, que dependerán de las especificidades de los conflictos y de las partes, pudiendo cambiar teniendo en cuenta los resultados y variables del camino escogido por el mediador, pero siempre teniendo como horizonte la resolución de la disputa.²⁹

27. *Ibíd.*, p. 93.

28. *Ibíd.*, p. 104. La esencia de los métodos autocompositivos es que el tercero tan solo intenta aproximar a las partes y/o sus posiciones, pero son estas las que decidirán en última instancia la forma de resolver el conflicto. Por el contrario, en los métodos heterocompositivos es el tercero es el que impone coactivamente la solución del conflicto a las partes. Estos últimos métodos abarcan, entre otros, al proceso arbitral y la vía judicial.

29. *Ibíd.*, p. 93. Mientras determinados modelos de mediación –como el modelo de mediación directiva, clásico o modelo *Harvard*– tienen como objetivo principal poder arribar a un acuerdo bajo la fórmula ganar-ganar, otros modelos –como el modelo transformativo– tiene como objetivo principal no conseguir el acuerdo, sino la transformación de las relaciones. Este último se trata de un modelo centrado en la comunicación humana y en el aspecto relacional, por ello tiene como base una concepción relacional y dialógica del hombre. Al margen de ello también es importante destacar

La mediación penal se esgrime en este contexto como un mecanismo de particular importancia para obtener finalidades reparatorias que el proceso penal no puede alcanzar con su estricto desarrollo institucional.³⁰ Poder mediar un conflicto que a la luz del sistema penal se visibilizó como delito depende, entonces, en primer lugar de la voluntad de los involucrados y de los posibles afectados reales o potenciales; en segundo, de las entrevistas y el trabajo interdisciplinario que los profesionales intervinientes efectúen con las partes y, en tercer lugar, de la verdadera capacidad de resolver o transformar ese conflicto. Ello debe ser evaluado en cada caso teniendo en cuenta la particularidad de ese hecho en concreto y, en algunas ocasiones, el historial conflictivo de ese lazo comunicacional que se ha roto mediante la ejecución del hecho delictivo.

Para que la mediación realmente se constituya como un mecanismo idóneo de solución de controversias resulta necesario que los mediadores tal como ocurre con los mediadores del Centro de Mediación tengan ciertas relaciones funcionales con los jueces, pero que también sean absolutamente independientes en el ejercicio de la actividad.³¹

En suma, la mediación penal constituye el mecanismo más apropiado para la resolución de una gran parte de controversias porque, mediante su aplicación, las partes involucradas en el conflicto proporcionan sus soluciones y ello guarda una relación directa con la concreción de los Derechos Humanos. Así, este instituto pone en primer plano la dignidad de las personas, a la vez que respeta su poder de autodeterminación (es decir su libertad), en condiciones igualitarias. Su imple-

que si bien la mediación cuenta con su método y estrategias propias, en general sus reglas de actuación son mucho más flexibles y dinámicas que las del proceso judicial.

30. Camarena Grau, Salvador, *La justicia restaurativa*, Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, p. 33.

31. Fábregas, Daniel, “El índice de la calidad objetiva de mediación - ICOM. Un proyecto exitoso de alcance global”, en *El proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Jusbairens, 2015, p. 29. El diseño de organización adoptado por el Consejo de la Magistratura de la CABA para el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos se conoce como “Anexo” a los tribunales, en donde la capacitación de los mediadores, la administración, monitoreo y evaluación del servicio se realizan desde adentro de la administración de justicia, y la relación funcional es con un órgano propio de esa administración. Ello permite construir modelos y protocolos propios de intervención sobre la base de las necesidades y particularidades que presentan los conflictos que puedan llegar desde el ámbito jurisdiccional. Camarena Grau, Salvador, *op. cit.*, p. 34, destaca que “la decidida actuación posibilitadora de la mediación por parte del Juez de Instrucción, debe proyectarse en una toma de decisiones en el proceso de mediación que se desarrolle”.

mentación y práctica conforma un punto de encuentro entre la libertad, la igualdad y la dignidad, esencias fundamentales de todo ser, garantizando, además, el derecho humano fundamental de acceso a la justicia vinculado directamente a que el ciudadano obtenga respuestas rápidas, eficientes y satisfactorias del sistema de justicia.³² Todo ello favorece el entendimiento, promueve el bienestar general, afianza la justicia y, prioritariamente, consolida la paz interior. Es que no quedan dudas de que un mecanismo o instituto resulta sumamente más idóneo cuando con el propio aporte y propuestas de las partes se logra una solución más humana para el infractor y más satisfactoria para la víctima.

La mediación en el RPPJ CABA. Similitudes y diferencias con el CPPCABA

Tal como mencionamos al principio de este trabajo, la mediación como instituto específico ha sido regulada en el CPPCABA solamente en el inciso 2 del artículo 204. Este artículo ha sido modificado recientemente.³³ En la actualidad, tras la reciente reforma del CPPCABA la norma queda redactada de la siguiente forma:

Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta que se formule el requerimiento de juicio, el/la Fiscal podrá:

2) Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. *El/la Fiscal remitirá el caso a la oficina de mediación correspondiente.* No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I

32. Por las características propias del trabajo no se puede profundizar en cómo este mecanismo contribuiría a la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona y al acceso a la justicia más que el clásico esquema de justicia, pero si se pretende indagar en este tema, consultar: Fava, Gabriel, "La mediación como mecanismo complementario de resolución de conflictos analizada desde una perspectiva constitucional y de DD. HH.", en *Premio de Formación Judicial 2011/2012*, Buenos Aires, Centro de Formación Judicial -CFJ- Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Eudeba, 2012, pp. 61-82.

33. Ley N° 6020, sancionada: 04/10/2018, promulgada: Decreto N° 350/18 del 30/10/2018, publicada: BOCBA N° 5490 del 01/11/2018. Cabe mencionar que lo resaltado es lo incorporado por la Ley N° 6020, que no formaba parte ni de la redacción original del artículo, ni de lo incorporado por la Ley N° 2452.

(Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), 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 (artículo 8 de la Ley N° 24417 de Protección contra la Violencia Familiar) y *en los casos en donde el máximo de la pena del delito excediese los seis años en abstracto de reclusión o prisión. El acuerdo de mediación o composición implicará la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna. No procederá la mediación si el imputado registrase antecedente penal condenatorio.* No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación. En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite.³⁴

En el RPPJ CABA, por su parte, se establece a la mediación como método de resolución de conflictos penales, para el caso de que el supuesto autor resulte ser una persona menor de dieciocho años punible (art. 54).

Este artículo, en consonancia con lo establecido por los artículos 4 y 12 del RPPJ CABA y por el artículo 1 del Decreto Ley N° 22278, excluye de la mediación a los jóvenes no punibles (sea por su edad o por el tipo de delito).

Se indica que el Ministerio Público Fiscal (art. 55) utilizará la mediación penal juvenil con las siguientes finalidades:

- a) Pacificar el conflicto;
- b) Procurar la reconciliación entre las partes;
- c) Posibilitar la reparación voluntaria del daño causado;
- d) Evitar la revictimación;³⁵
- e) Promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez los perjuicios derivados del proceso penal.

34. Fava, Gabriel; Alonso, Silvina, “La reciente modificación legislativa al artículo 204 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Las reformas legislativas en retroceso en tiempos de avance de los procesos compositivos”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2018. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47115-reciente-modificacion-legislativa-al-articulo-204-inc-20-del-codigo-procesal-penal> [fecha de consulta: 10/12/2018].

Esta reforma restringe y limita la mediación en adultos y provoca un distanciamiento con la regulación del instituto en el RPPJ CABA.

35. El legislador utilizó el vocablo “revictimación” y no “revictimización”.

Los principios específicos que, según la normativa, rigen la mediación penal juvenil son los de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, y neutralidad o imparcialidad de los mediadores (art. 56).

El proceso de mediación, *en sí*, es explicado por los artículos 58 a 69 del RPPJ CABA. Aunque con detalles, no guarda grandes diferencias con lo descrito con anterioridad (en *Las características de la mediación penal en CABA*, en este trabajo) para el caso de los adultos.

El detalle del procedimiento ha sido explicado por Carlos Renis y consiste en los siguientes pasos:³⁶

- a) Luego de la intervención que le otorgue el Ministerio Público Fiscal, la oficina correspondiente cita a las partes involucradas por cualquier medio fehaciente.
En caso de que las partes no concurrieren se podrá citar a una segunda audiencia. Si las partes no concurren a esta segunda reunión se dará por concluido el proceso de mediación, labrándose un acta, la cual se remitirá al Fiscal para que continúe con la causa.
- b) Si las partes, luego de citadas, aceptan voluntariamente el procedimiento, se dará comienzo a las reuniones. En ellas tanto el ofensor (requerido) como la víctima (requirente) deben concurrir personalmente. El requerido puede estar acompañado de sus padres o responsables y los representantes de la Asesoría Tutelar. Además, siempre deberá ser asistido por un defensor, cuya asistencia técnica es obligatoria.
Las reuniones siempre se realizarán con la ayuda de un equipo interdisciplinario.
- c) Una vez iniciada la audiencia de mediación, el mediador explicará a las partes las pautas del proceso, haciendo hincapié en la voluntariedad y la confidencialidad.
La audiencia propiamente dicha se sustanciará oralmente porque esa es la esencia de este proceso dialogado. En el acta final por escrito no se plasmarán detalles de lo conversado ni nada que comprometa la confidencialidad.
- d) En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, puede suceder lo siguiente:

36. Renis, Carlos G., "La mediación en el ámbito de la justicia penal juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en Quinteiro, Alejandra (coord.), *op. cit.*, p. 102.

Si, en ese mismo acto, el acuerdo satisface íntegramente las pretensiones se procede al archivo de las actuaciones.

Si se pacta alguna obligación para las partes, quien corresponda efectuará el monitoreo de su cumplimiento. Si se cumple con lo pactado se archivarán las actuaciones. Si se incumple, el proceso continúa en el estado en que se hallaba con anterioridad al inicio de la mediación.

- e) También puede suceder que las partes no hayan podido llegar a un acuerdo. Ello no constituirá ningún antecedente para el imputado. En este caso, se continúa con el proceso.

Ahora bien, tal como se verá a continuación, la regulación de la mediación en el RPPJ CABA guarda marcadas diferencias con la establecida en el CPPCABA. Para una mejor ilustración, incorporamos un cuadro comparativo.

Cuadro comparativo de la regulación del instituto de la mediación en el CPPCABA (modificado por la Ley N° 6020) y en el RPPJ CABA

	CPPCABA	RPPJ CABA
Quién puede solicitarla	El Fiscal puede proponer la mediación al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a.	El procedimiento de resolución alternativa de conflicto deberá ser requerido por el/la Fiscal Penal Juvenil que intervenga en el proceso, de oficio o a solicitud de la persona imputada de una infracción penal, o sus padres, tutores o responsables, así como su Defensor/a y/o la víctima.
Oportunidad procesal	El Fiscal puede formular el pedido hasta el requerimiento de juicio. ³⁷	Hasta el inicio del debate.

37. En este sentido, es importante resaltar –tal como manifestamos en *Las características de la mediación penal en CABA* de este trabajo– el hecho de que el fiscal pueda proponer la mediación hasta formular el requerimiento de elevación a juicio no implica que las partes o sus representantes legales la puedan solicitar hasta el inicio del debate. Al fin y al cabo la mediación es un derecho con base constitucional y su pedido no es más que el ejercicio del derecho a peticionar a las autoridades.

	CPPCABA	RPPJ CABA
Delitos excluidos de la mediación	Causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), 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 (art. 8 de la Ley N° 24417 de Protección contra la Violencia Familiar) y <i>en los casos en donde el máximo de la pena del delito excediese los seis años en abstracto de reclusión o prisión.</i>	Causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos 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. (art. 8 de la Ley Nacional N° 24417 de Protección contra la Violencia Familiar).
Situación del imputado para solicitar la mediación	Si el imputado registra antecedente penal condenatorio no procede la mediación.	Debe ser una persona menor de edad punible.
Si se ha mediado con anterioridad	No se admitirá una nueva mediación penal respecto de: a) quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior; b) no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.	
Oficina interviniente	El CPPCABA menciona la intervención de la “oficina de mediación correspondiente”, mientras que el RPPJ CABA refiere a la “Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos que se establezca al efecto”. En la actualidad, la dependencia encargada de los procesos de mediación es el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos, dependiente del Consejo de la Magistratura de la CABA.	
Plazo para el proceso de mediación	No establece.	El plazo para el procedimiento será de sesenta (60) días corridos a contar desde la primera reunión realizada. Dicho plazo podrá ser prorrogado por treinta (30) días más mediante acuerdo entre las partes.

	CPPCABA	RPPJ CABA
Efectos del acuerdo de mediación	<p>Implica la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna. Procederá el archivo de las actuaciones cuando se hubiese cumplido el acuerdo, pero también se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del requerido pero existió composición del conflicto. Pese a haberse dispuesto el archivo este se podrá reabrir y continuar el proceso cuando el acuerdo final de mediación se frustrara por actividad u omisión maliciosa del imputado.</p>	<p>En aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el/la Fiscal Penal Juvenil mediante despacho simple procederá al archivo definitivo de las actuaciones, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese hecho. Para los casos en que se pacte alguna obligación para las partes, la investigación preparatoria se archivará sujeta a condiciones en la sede de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos a fin de que constate el cumplimiento o incumplimiento de las mismas. Verificado el cumplimiento, se remitirán las actuaciones al/la Fiscal Penal Juvenil, quien procederá de la manera enunciada anteriormente. En caso de comprobarse el incumplimiento de alguna obligación en el plazo acordado, se dejará constancia de dicha circunstancia, procediéndose al desarchivo del proceso y a la continuación de su trámite. En los casos en los que se arribe a un acuerdo, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos dispondrá el control y seguimiento de lo pactado, debiendo para ello solicitar la colaboración del equipo técnico interdisciplinario, la que no revestirá el carácter de obligatoria.</p>

Eficiencia y eficacia de la mediación penal

Mientras que la eficiencia es definida como “la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”, la eficacia implica “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.”³⁸ Ahora bien, ya vimos que la mediación constituye un mecanismo adecuado de solución de conflictos dentro del paradigma de la Justicia Restaurativa mediante la cual y luego del proceso de mediación propiamente dicho se puede conseguir la resolución de la controversia suscitada por medio de la aplicación de vías no punitivas. En este sentido, decimos que la mediación penal resulta eficiente, ya que se dispone de este mecanismo para conseguir un efecto determinado, siendo este ni más ni menos que la resolución de un conflicto que el sistema penal capturó como hecho delictivo. A ello debemos sumar que desde el paradigma de la Justicia Restaurativa la mediación constituye uno de los principales métodos para poder restablecer el lazo comunicacional que se ha roto y restaurar la paz social. De allí también la eficacia de la mediación como instrumento con capacidad para lograr el efecto deseado propio de esta forma de administrar justicia.

Tal como ya se mencionó en puntos anteriores, en Ciudad Autónoma de Buenos Aires el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos implementa la mediación voluntaria consagrada constitucionalmente. Desde su creación³⁹ gran cantidad de causas han sido derivadas a ese Centro, y por medio de la instrumentación de la mediación penal un número importante de conflictos han sido resueltos por esta vía, lo que da cuenta de los parámetros de eficiencia y eficacia que hemos descripto respecto de la mediación penal en la Ciudad.

Para concretizar esos parámetros y hacer pública esta tarea con la ciudadanía por medio de un sistema informático específico y a través de diferentes áreas técnicas del Consejo de la Magistratura de la CABA, el Centro de Mediación genera estadísticas que son procesadas por la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura, elaborándose Anuarios Estadísticos de Mediación desde el año 2006. Estos anuarios son de público acceso para cualquier ciudadano y dan cuenta

38. Disponible en: <http://www.rae.es/>. Definiciones dadas por la Real Academia Española –RAE– [fecha de consulta: 10/12/2018].

39. Ver cita 22.

de la efectividad que posee dicho centro en su tarea de dotar de eficiencia y eficacia a la mediación penal.⁴⁰

Resta decir que para medir, monitorear y evaluar la eficacia de la mediación penal, el Centro de Mediación y la Oficina de Estadísticas desarrollaron el Índice de Calidad Objetiva de Mediación (ICOM). Este índice permite

... monitorear y evaluar la prestación del servicio de manera permanente y contar con la información lo más objetiva posible tanto sobre su nivel de calidad, como también de qué aspectos pueden mejorarse. A su vez la implementación sostenida en el tiempo de este índice otorga la posibilidad de chequear los avances.⁴¹

De manera más reciente, este índice de calidad objetiva se está complementando con el ICAS, que es el Índice de Calidad Subjetiva y, en consecuencia, el que permite medir la satisfacción de los usuarios que participan en los procesos de mediación en CABA.⁴²

40. Disponible en: <https://consejo.jusbaires.gob.ar/institucional/estadisticas/estadisticas/4D54BE2B79C9A90E019A07CD5FAC4FB4> [fecha de consulta: 10/12/2018].

41. Fábregas, Daniel, *op. cit.*, p. 30. Es importante resaltar que el 9 de mayo de 2018, en el stand de Editorial Jusbairens en la 44ª Feria Internacional del Libro de Buenos Aires, tuvo lugar la presentación de la tercera medición del Índice de Calidad Objetiva de Mediación a cargo del Director General del Centro, Daniel Fábregas, de la Directora Susana Velázquez, y de la titular de la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura de la CABA, María Valeria Quiroga. Disponible en: <https://consejo.jusbaires.gob.ar/institucional/estadisticas/estadisticas/4D54BE2B79C9A90E019A07CD5FAC4FB4>. Asimismo es interesante destacar que en el X Congreso Mundial de Mediación, celebrado en Génova, Italia, en el año 2014, el ICOM fue seleccionado por el comité científico para ser expuesto en el ámbito de “Proyectos Exitosos de Alcance Global”.

42. La construcción del mencionado índice se enmarca en el Proyecto de Medición de Calidad sobre el servicio de Mediación y tiene como objetivo incorporar a la gestión la voz del ciudadano usuario del servicio de mediación, complementando el análisis efectuado periódicamente mediante el Índice de Calidad Objetiva de Mediación –ICOM– y haciendo posible el ajuste de las prácticas de calidad definidas para el proceso por parte del Centro de Mediación. Para ello, el Consejo de la Magistratura junto a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ha desarrollado entre los meses de junio y agosto de 2018 la Encuesta de Percepción sobre el Servicio de Mediación en las distintas sedes en las que el cuerpo de mediadores del Consejo de la Magistratura lleva a cabo las audiencias de mediación, contando con el apoyo de todos los operadores judiciales con quienes interactúa. El Índice de Calidad Subjetiva de los procesos de mediación fue presentado el 03 de diciembre de 2018 en el Salón Presidente Alfonsín de la Legislatura de la Ciudad.

Es decir que la eficiencia, eficacia y efectividad de la mediación penal en CABA tienen un correlato en el plano objetivo a través de las estadísticas realizadas, difundidas y publicadas junto al índice de calidad objetiva, y un plano subjetivo a través del índice de calidad subjetiva que incorpora la voz del ciudadano usuario del servicio de mediación. Ello hace posible el ajuste de las prácticas definidas para el proceso de mediación y se corresponde con los objetivos del Proyecto de Calidad sobre el servicio de Mediación en la Ciudad.

La efectividad práctica de la mediación penal para los delitos transferidos mediante el primer y segundo convenio de transferencias progresivas de competencias penales⁴³ mediante la labor desarrollada y difundida hasta el momento resulta evidente. Sin perjuicio de ello, y con las nuevas modificaciones y limitaciones que sufrió el régimen de mediación penal en el caso de los adultos –que hasta el momento de la elaboración del presente trabajo no fueron transpoladas al RPPJ CABA– consideramos que el verdadero desafío en la Ciudad es la implementación eficiente y efectiva de la mediación penal para los delitos recientemente transferidos y, además, de cara a la total transferencia de los delitos ordinarios. Dicha eficiencia permitirá a la Ciudad aplicar el instituto de la mediación penal a adultos y, más aun, a jóvenes que se encuentren imputados en gran parte de las figuras establecidas por el Código Penal de la República Argentina y por las leyes penales especiales.

43. Cabe aquí hacer la somera aclaración de que actualmente existen Convenios de Transferencias Progresivas de Competencias Penales entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la aprobación del Congreso Nacional y la ratificación de la Legislatura Local. La Justicia Nacional le va transfiriendo la investigación y el juzgamiento de diferentes figuras delictivas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, mediante un Primer Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, celebrado y ratificado por la Legislatura de la CABA y el Congreso Nacional entre los años 2001 y 2003, se le transfirió a la CABA la potestad para investigar y juzgar tres de los delitos contenidos en el Código Penal de la República Argentina (Tenencia y portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, y su suministro a quien no fuera legítimo usuario previstos y reprimidos por el art. 189 bis del Código Penal). Mediante un Segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales celebrado y ratificado entre los años 2006 y 2008 se le transfirió a la CABA la potestad para investigar y juzgar aproximadamente 15 figuras delictivas del Código Penal y las que surjan de tres leyes penales nacionales. En el curso del año 2018 se ratificó un Tercer Convenio de Transferencia que incluye muchas más figuras delictivas.

Más allá de la mediación. Determinados avances en la implementación de la justicia juvenil restaurativa

Al margen de lo mencionado respecto del instituto de la mediación, de modo previo a finalizar el trabajo, consideramos importante hacer referencia a distintos avances de la justicia reparadora en el ámbito penal juvenil.

A nivel regional, la implementación de la justicia juvenil restaurativa es promovida tanto por instituciones oficiales como por organizaciones de la sociedad civil, lo que ha derivado en numerosas declaraciones en los últimos años. Por ejemplo, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) en el año 2015 aprobó la “Declaración Iberoamericana en Justicia Juvenil Restaurativa”, en la que se propone, entre varios puntos, lo siguiente:

... los Estados alentarán el desarrollo de políticas públicas focalizadas en justicia juvenil y de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, incluyendo instancias comunitarias para la solución restaurativa de conflictos e infracciones de menor potencial ofensivo, evitando su judicialización. Estas políticas incorporarán en su formulación y aplicación de manera transversal la perspectiva de género y enfoque de diversidad étnica que permita remover más eficazmente los obstáculos reales para el ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes así como la comprensión y tratamiento del hecho delictivo.

Por otra parte, la Comisión Iberoamericana de Mecanismos Alternativos, Restaurativos de Resolución de Conflictos y Terapéuticos: Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol (MARC-TT) de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el 7 de diciembre de 2017 aprobó el “Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa”. Por último, mencionamos que en el Primer Foro Latinoamericano del Caribe de Justicia Juvenil Restaurativa, celebrado en Encarnación (Paraguay) en noviembre de 2018, la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF) manifestó su adhesión tanto a la “Declaración Iberoamericana en Justicia Juvenil Restaurativa”, como al “Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa”.

A nivel nacional, en el marco del debate vinculado con la “Reforma Penal Juvenil” organizado por la Subsecretaría de Política Criminal de

la Nación en el año 2017, se dedicó una mesa específica a las “Medidas alternativas a la privación de libertad, medidas alternativas al proceso y medidas restaurativas como posibles sanciones”.⁴⁴

En el anteproyecto de reforma del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil⁴⁵ se menciona que dicho régimen *comprenderá un abordaje integral, interdisciplinario y restaurativo* (art. 5). Dicho Anteproyecto regula los institutos de la remisión (art. 20) y de la suspensión del proceso a prueba (art. 24) y, de modo diferenciado, a la mediación (art. 21), a los acuerdos restaurativos (art. 22) y a la conciliación (art. 23).

Respecto de la mediación, se indica lo siguiente:

... en cualquier etapa del proceso con anterioridad al dictado de la sentencia, el Ministerio Público Fiscal, la víctima o el adolescente imputado, podrán solicitar que se inicie proceso de mediación penal. Este procedimiento tendrá carácter confidencial, voluntario, imparcial e informal y estará a cargo de un mediador que deberá ser una persona ajena al tribunal y con conocimientos en la materia. El consentimiento de la víctima será condición necesaria para la procedencia de la mediación.

El anteproyecto menciona, asimismo, que la acción penal respecto de los adolescentes se extinguirá por el cumplimiento de los acuerdos celebrados en el marco de una mediación, conciliación o acuerdos restaurativos (art. 16, inc. e).

Por último, mencionamos que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mediante la Resolución N° 813/2018,⁴⁶ aprobó el “Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos”. Se trata de un protocolo de actuación federal, cuyos objetivos son los siguientes:

- a) Promover la mediación penal juvenil y los acuerdos restaurativos como una práctica transformadora tendiente a restablecer derechos vulnerados acentuando la calidad de un proceso humano más que la obtención de un resultado;

44. Conclusiones de la mesa. Disponible en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/03/3-MEDIDAS.doc> [fecha de consulta: 10/12/2018].

45. Disponible en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/05/anteproyecto-penal-juvenil.docx> [fecha de consulta: 10/12/2018].

46. Resolución N° 813 del 19/09/2018, publicada en B.O. N° 33959 del 21/09/2018. Disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1778> [fecha de consulta: 10/12/2018].

- b) Permitir a las víctimas o a los ofendidos del ilícito penal expresarse y que su opinión y sus necesidades sean tenidas en cuenta, otorgándoles el protagonismo que ameritan;
- c) Permitir a la comunidad recuperar el tejido social dañado y trabajar sobre la construcción de seguridad fundada en la confianza comunitaria;
- d) Facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos posibilitando formas ágiles y participativas de la resolución de los conflictos;
- e) Reducir los impactos relativos de la estigmatización o de la victimización de los protagonistas dentro de un espacio humanizado;
- f) Fomentar la internalización de responsabilidad y protagonismo del joven ofensor en la autocomposición del conflicto, a partir de un espacio de diálogo y escucha acorde con su grado de madurez y desarrollo;
- g) Procurar la reparación del daño a través de un proceso de autocomposición y de pacificación del conflicto;
- h) Propiciar el trabajo en red y la participación de organizaciones públicas y estatales y de la sociedad civil y/o miembros de la comunidad que faciliten la realización efectiva y eficiente de la mediación penal juvenil;
- i) Prevenir la reiteración de conductas delictivas.

Como se observa, tanto a nivel regional como a nivel nacional existe una preocupación en que la Justicia Restaurativa como modelo sea el lente principal a través del cual se aborde a la justicia juvenil.

Algunas conclusiones

A diferencia de lo que ocurre con el modelo adversarial clásico, la persona que participa de una mediación penal no va técnicamente a litigar porque no va a pleitear, sino que antes bien va dispuesta a exponer sus necesidades e intereses, y también a escuchar las necesidades e intereses de la otra parte para ver si entre esas necesidades e intereses puede haber un punto de acuerdo que satisfaga a ambos y, de esta manera, poder arribar a una solución que permita dejar de lado la aplicación de la norma coactiva. Esta forma de resolver los con-

flictos es propio del paradigma de la Justicia Restaurativa y en nuestro país tal como hemos visto tiene una sólida base constitucional, por lo que se esgrime como deber del Estado propiciar la mediación penal en adultos y en jóvenes en conflicto con la ley penal para, al mismo tiempo, garantizar la *ultima ratio* del Derecho Penal.

La mediación penal cuenta con características propias e intrínsecas que también deben ser consideradas al margen del proceso clásico. Dichas características la consagran, por los motivos explicitados, como uno de los mecanismos más idóneos de solución de conflictos. Actualmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tal como se mencionó, existen marcadas diferencias entre el régimen de mediación penal en adultos y en jóvenes, puesto que el primero de los regímenes actualmente y tras la reforma es bastante más restrictivo que el otro y además, no cuenta con una regulación específica y extensa como ocurre con la mediación penal juvenil. Sin perjuicio de ello, la mediación penal en la Ciudad se yergue como un método eficaz y efectivo de resolución de conflictos, tanto en el régimen penal de adultos como en el de jóvenes para los delitos que en la actualidad se encuentran transferidos mediante los dos primeros convenios.⁴⁷

La mediación penal difiere mucho entonces del sistema de justicia clásico que tiene como esencia intrínseca una acusación de manos de quien lleva adelante la investigación, una atribución de responsabilidad judicial y la imposición de una pena. Ella se esgrime como una forma de justicia bastante más emparentada con un “arte social”⁴⁸ y con las formas democráticas y soberanas de gobierno que permiten la participación ciudadana.

Las soluciones al problema del delito no pasan por nuevas limitaciones, restricciones o castigos, sino por trabajar al interior del sistema penal desde lo social y en perspectiva interdisciplinaria, trabajar con los

47. Ver cita 43.

48. Platón, *República*, Buenos Aires, Eudeba, 2017, p. 121, enseña que la justicia debe entenderse antes bien como un arte social más que como una virtud individual. Asimismo, también nos ilustra que “no resulta propio definir a la justicia como ‘decir la verdad y devolverle a cada uno lo suyo’, porque incluso eso es justo o injusto según las circunstancias. Por ejemplo, si alguien que en su sano juicio confiase a un amigo sus armas y pidiera su devolución después de haber enloquecido, todo el mundo convendría en que no sería conveniente devolvérselas y que habría injusticia en hacerlo. E igualmente en decirle la verdad al que se encuentra en tal situación”.

cuerpos sociales que se han fragmentado para lograr verdaderas intervenciones inclusivas.⁴⁹ Ello implica necesariamente que, mediante el sistema penal debemos prioritariamente crear y aplicar mecanismos como la mediación penal que permitan desandar un camino de ausencias y que restablezcan lazos comunicacionales que nunca debieron romperse.

Para que la aplicación de institutos como la mediación penal siga siendo posible y efectiva consideramos que no hay que entrar en pánico ante nuevas limitaciones, y hay que contar con la capacidad para organizarse y poder seguir afianzándose con prácticas, con protocolos y con leyes que permitan fortalecer los lazos de los principales institutos de la Justicia Restaurativa.

Bibliografía

ÁLVAREZ, Gladys, *La mediación y el acceso a la justicia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.

CAMARENA GRAU, Salvador, *La justicia restaurativa*, Valencia, Alfa Delta Digital, 2013. Está incluido en la colección “Máster de mediación penal”.

CARBALLEDA, Alfredo J. M., *Los cuerpos fragmentados. La intervención de lo social en los escenarios de la exclusión y el desencanto*, Buenos Aires, Paidós, 2008.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “¿Qué es la justicia restaurativa?”, en *Justicia Restaurativa, mucho más que mediación*, Burgos, Barcelona y Palma de Mallorca, Criminología y justicia (eds.), 2013.

FÁBREGAS, Daniel, “El índice de la calidad objetiva de mediación - ICOM. Un proyecto exitoso de alcance global”, en *El proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Jusbaire, 2015.

FAVA, Gabriel, “La mediación como mecanismo complementario de resolución de conflictos analizada desde una perspectiva constitucional y de DD. HH.”, en *Premio de Formación Judicial 2011/2012*, Buenos Ai-

49. Cf. Carballeda, Alfredo, *Los cuerpos fragmentados: la intervención de lo social en los escenarios de la exclusión y el desencanto*, Buenos Aires, Paidós, 2008.

res, Centro de Formación Judicial –CFJ– Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Eudeba, 2012.

_____ y ALONSO, Silvina, “La reciente modificación legislativa al artículo 204 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Las reformas legislativas en retroceso en tiempos de avance de los procesos compositivos”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2018.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”, ponencia presentada en IX Jornadas de Derecho Penal en memoria de José María Lidón, celebradas en Bilbao el 21 y 22 de noviembre de 2012.

LARRAURI PIJOAN, Elena, “La reparación”, en CID MOLINÉ, José; LARRAURI, Elena (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.

MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación*, Madrid, Marcial Pons Editores, 2013.

PLATÓN, *República*, Buenos Aires, Eudeba, 2017.

RENIS, Carlos G., “La mediación en el ámbito de la justicia penal juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en QUINTEIRO, Alejandra, *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016.

SÁNCHEZ, José Ricardo J., *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, Valencia, Alfa Delta Digital, 2013. Está incluido en la colección “Máster de mediación penal”.

VIVES ANTÓN, Tomás S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *Poder Judicial*, N° Extra 2, 1987.

Intervenciones socio-jurídicas, interdisciplinariedad y multiagencialidad en el sistema penal juvenil: el desafío de la complejidad

Silvia Fernandez*

Los equipos interdisciplinarios en la Justicia Penal Juvenil Nacional

Tanto ante la inminente reestructuración del modelo de procedimiento penal como ante una futura reforma de la ley penal juvenil, resulta oportuno destacar las notas de *especialidad* que la intervención de los equipos interdisciplinarios que constituyen el Cuerpo de Delegados Inspectores de esta Cámara otorgan al procedimiento juvenil en el ámbito nacional, en concordancia con las disposiciones constitucionales e internacionales en la materia.

La actuación de estos equipos se da en el marco de la *disposición* regulada por la Ley N° 22278, cuyo contenido –a la luz del nuevo paradigma de Protección Integral– queda sujeto al *control de convencionalidad* de la normativa vigente por parte de los órganos jurisdiccionales del sistema de justicia penal juvenil y conforme la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.¹ En la generalidad de los casos –salvo aquellos en los que existe una salida anticipada del proceso en virtud de la implementación de alguna poco frecuente medida alternativa– la tarea

* Abogada (UBA) con especialización en Derecho Penal y Criminología. Ingresó al Poder Judicial en el año 2003, desempeñándose como Asistente Tutelar Primero y luego como integrante de los Equipos Interdisciplinarios de la Justicia Nacional de Menores. Desde 2016 es titular de la Prosecretaría de Intervenciones Sociojurídicas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

1. CSJN, García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537 –Recurso de hecho–; Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Causa N° 1174C.

de los equipos se desarrolla *en pleno curso de la persecución penal, sin una resolución firme acerca de la responsabilidad* y por lo tanto, *en el ámbito de vigencia del principio de inocencia*.

Sin embargo, aun en estas condiciones, la labor de supervisión que estos equipos llevan a cabo constituye prácticamente la única nota visible de especialidad que trasciende las reformas jurídicas y técnicas formales y que se traduce en un acompañamiento del joven infractor en el tránsito por el proceso penal, que la mayoría de las veces es visto por aquel como un conjunto de actuaciones inaprehensibles que no logra dejar ningún tipo de marca en su subjetividad. Por ello, la función de supervisión no se agota en una intervención de control, vinculada existencialmente al *paradigma de la situación irregular o tutelarismo* lo que implicaría ignorar sus potencialidades como instrumento para la práctica de un modelo de alejamiento del delito en el que el joven pueda ser verdadero protagonista de una reforma que no se agote en la dialéctica acusatoria o defensiva, auténtico duelo de profesionales, cuyas consecuencias tienen un impacto imperceptible en el destinatario final de todo el sistema de andamiajes jurídicos e intelectuales: el joven que ha infringido la ley penal y que sigue allí, en la cotidianidad de su vida, mayormente ajeno a las instancias legales en las que se debaten medidas que puedan tener alguna incidencia sobre su proyecto futuro de vida.

Los objetivos de las intervenciones socio-jurídicas

El trabajo particular de los equipos interdisciplinarios en el ámbito de la Justicia Nacional tiene *propósitos específicos, acotados al ámbito penal en el que se ejerce nuestra praxis* y que, por lo tanto, informan de modo distintivo a los profesionales de las diferentes disciplinas.

Nos proponemos que el joven *comprenda su situación dentro del sistema penal, las alternativas del proceso y los efectos que su actitud –compromiso o falta de él– puede generar al momento de decidir la eventual imposición de una pena. Asimismo, se trabaja para que –independientemente de su responsabilidad respecto del hecho delictivo que se le imputa pero que aún no ha sido probado– se involucre responsablemente con el proceso, que le ofrece la posibilidad –mediante la “disposición”– de prepararse para enfrentar el juicio en las mejores condiciones posibles.*

La función de supervisión –en el alcance propuesto– hace referencia a un proceso que excede el monitoreo, en tanto no se limita al registro cuantitativo de la evolución del cumplimiento de los objetivos en relación directa a la obtención de resultados concretos, en términos de técnicas administrativas dentro del paradigma de la eficacia (ej. reiterancia/reincidencia delictiva). Implica la construcción de un vínculo motivador que permita el reconocimiento de las potencialidades del joven sujeto a algún tipo de medida dentro de un proceso penal, tendiente a su implicación subjetiva en la construcción de un proyecto de vida consensuado y sostenible. En este sentido, propone un acompañamiento personalizado. Quien supervisa, además de reportar al órgano judicial las alternativas del desarrollo del plan propuesto, pondera en un trabajo conjunto e integral de coordinación y articulación su implementación, y efectúa un análisis del proceso como tal, lo que permite evaluarlo cualitativamente. Se trata de una labor compleja, ya que supera esencialmente un proceso de vigilancia y control.

Marco teórico-criminológico

El enfoque del “Alejamiento del delito”

La formación teórica criminológica en materia juvenil para el trabajo de campo resulta esencial a fin de homogeneizar las intervenciones más allá de la formación teórica de los operadores según sus propias disciplinas, por lo cual sería relevante la definición de un modelo de abordaje para el cuerpo. El sistema de justicia penal tiene su propia lógica, sus propios requerimientos y límites y su funcionamiento no puede resultar extraño a quienes operen dentro de su ámbito y de manera directa con los jóvenes.

En los últimos tiempos, entre los que aún buscan desarrollar teorías generales, la tendencia se inclina hacia los modelos *multifactoriales* (por ejemplo, la teoría de los tipos de transgresores, las elaboraciones de la criminología del desarrollo o de la “trayectoria vital”), que han echado luz sobre las carreras delictivas, con importantes implicancias en las políticas penales y las prácticas de los operadores. Sin embargo, desde la Criminología Crítica se sostiene que la búsqueda de *factores de*

riesgo y de *tipos de transgresores* es desacertada ya que tiende a patologizar la transgresión a la ley penal al centrarse en el individuo transgresor como unidad principal de análisis, por lo que estas perspectivas han menospreciado la importancia de varios factores sociales estructurales, redirigiendo equivocadamente nuestra atención al impacto a nivel individual de esos factores en lugar de enfatizar que el delito, la delincuencia y la criminalización son construcciones sociales gobernadas por fuerzas económicas, estructurales, culturales y políticas. Así, hasta los principales exponentes de la criminología del desarrollo² han sostenido recientemente que el “Paradigma de los factores de riesgo” debería someterse a reconsideración. A esta conclusión llegan tras un estudio que recoge información relacionada a un grupo de hombres de 70 años bajo estudio desde los 7, que demuestra dificultades inherentes a la predicción del delito a través del curso de la vida, ya que muestra que jóvenes con perfiles de riesgo muy similares llevaron vidas muy diferentes. La conclusión en este punto parece ser que intentar la reducción de nuevas transgresiones en la práctica enfrenta muchísimos desafíos pero debemos tener en cuenta que la mayor parte de los transgresores finalmente se apartan del delito, a pesar de las muchas necesidades que padecen y de los variados obstáculos que enfrentan, por lo que resulta sumamente útil conocer la dinámica de los *procesos de desistimiento o alejamiento del delito* para evaluar cómo podrían informar las políticas y prácticas del sistema penal juvenil.

Los procesos de “desistimiento”

Las implicancias de nutrir las intervenciones socio-jurídicas con los jóvenes transgresores mediante la comprensión de estos procesos son potencialmente significativas y de amplio alcance. En pocas palabras, los operadores *deberían pensarse a sí mismos menos como proveedores de un tratamiento correccional y más como colaboradores en los procesos de desistimiento*. Por lo que, estas intervenciones deberían basarse en la comprensión de los procesos de cambio individuales y de los medios por los cuales los profesionales pueden colaborar en estos procesos, en

2. Laub, John H.; Sampson, Robert J., *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

lugar de intentar que los transgresores encuadren en intervenciones prediseñadas para “tipos de delincuentes”.

En la literatura sobre desistimiento,³ se identifican tres perspectivas teóricas amplias: a) Teoría del cambio madurativo; b) Teoría de los lazos sociales y, c) Teoría narrativa. Combinando las tres perspectivas, se señala la importancia de las relaciones entre los cambios “objetivos” en las vidas de los transgresores y la evaluación “subjetiva” del valor o significado de estos cambios (existiría una serie de factores asociados a alejamiento del delito relacionados con adquirir “algo” (una pareja, un hijo, un trabajo) que el transgresor valore, de modo tal que dé inicio a una reevaluación de su propia vida). Por lo tanto, el desistimiento radica en las interfases entre el desarrollo de la madurez personal, el cambio de los lazos sociales relacionados a ciertas transiciones vitales y la narrativa subjetiva individual que los transgresores construyen alrededor de esos eventos y cambios clave. No son solo estos acontecimientos y los cambios lo que importan sino lo que ellos significan para los involucrados. Por lo tanto, el alejamiento del delito no es un acontecimiento (como curarse de una enfermedad) sino un proceso (por las subjetividades involucradas) y ese proceso es inevitablemente individualizado; por ello es útil distinguir el desistimiento primario (lograr un período libre de delitos) del secundario (un cambio subyacente en la propia identidad en el que el extranegrosor se visualiza como tal). Algunas investigaciones muestran la importancia que la *esperanza* tiene en este proceso y cómo las circunstancias sociales adversas pueden socavar esta esperanza. Asimismo, estos procesos suelen estar caracterizados por la *ambivalencia* y la *vacilación*. Por otra parte, las investigaciones que dan cuenta de cambios exitosos describen que los extranegrosores recurrieron a la habilidad para tomar decisiones y dirigir sus propias vidas para resistir exitosamente las presiones criminógenas estructurales. En esta posibilidad de crear una identidad y un futuro alternativos, habría resultado vital el rol de terceros significativos, aun cuando todavía no podían ver por sí mismos estas posibilidades.

3. Ídem. Maruna, Shadd, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*, Washington DC, American Psychological Association, 2001. Ezell, Michael y Cohen, Lawrence, *Desisting from crime*, Oxford, Oxford University Press, 2006. McNeill, Fergus, “A desistance paradigm for offender management”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 6, N° 1, 2006. McNeill, Fergus y Weaver, Beth, “Changing lives? Desistance research and offender management”, en *Scottish Centre for Crime and Justice Research*, 2010.

De allí que los operadores de la supervisión pueden colaborar en un “desistimiento asistido”,⁴ en el que, según la evidencia recabada, en los casos en que los agentes tuvieron alguna relación con los cambios, la supervisión es activa y participativa, con compromiso personal y profesional, impregnada de razonabilidad, justicia en el trato y aliento. Muchos de los extranversores interpretaron los consejos sobre su comportamiento y sobre sus problemas personales como signo de preocupación por ellos como personas y este interés en su bienestar actuó como motivación. De esto se deduce que las relaciones interpersonales tienen un rol central en la eficacia de las intervenciones. Sin embargo, esto no es suficiente. Varias investigaciones señalan que los propios recursos de los jóvenes y sus propias redes sociales ayudan más que los profesionales, tal como lo resalta el enfoque de la *resiliencia*, al destacar los procesos y factores protectivos –en lugar de los riesgos– que están presentes en la adaptación positiva en lugar de entregarse a la adversidad, por lo que enfatiza, en el trabajo con jóvenes, la importancia de *reconocer, explotar y desarrollar sus habilidades, recursos y valoraciones*. En definitiva, se trata de desarrollar narrativas y abordajes basados en las *fortalezas*.

Por otra parte, las intervenciones deben prestar especial atención al contexto comunitario, social y personal de los jóvenes. Obviamente, no resulta suficiente desarrollar la capacidad para el cambio cuando este depende de las oportunidades para ponerlas en ejercicio.

Entonces, resulta vital la interacción entre *capital humano* (capacidad individual mediante adquisición de habilidades) y *capital social* (oportunidades contextuales de desarrollo) y se vuelve muy interesante el *Modelo de la responsabilidad*⁵ que promueve la responsabilidad individual por el comportamiento pero también la responsabilidad social en aliviar las circunstancias adversas que enfrentan los infractores, para así desalentar la delincuencia. Una intervención eficaz debería dirigirse a la satisfacción de necesidades, a la reducción de riesgos pero, especial-

4. Farral, Stephen, *Rethinking what works with offenders: Probation, Social Context and Desistance from Crime*, Devon, Willan Publishing, 2002. Rex, Sue, “Desistance from offending: experiences of Probation”, en *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 38, N° 4, 1999. Burnett, Ros y McNeill, Fergus, “The place of the officer-offender relationship in assisting offenders to desist from crime”, en *Probation Journal*, vol. 52, N° 3, 2006. Cherry, Sally, *Transforming behaviour: Pro-social Modelling in Action*, Cullompton, Willan Publishing, 2005. Canton, Rob, *Probation: Working with offenders* (Criminal Justice Series), Abingdon, Routledge, 2011.

5. Paterson, Fiona y Tombs, Jacqueline, “Social Work and Criminal Justice: The Impact of Policy”, Edinbrough, The Stationery Office Books, 1998.

mente, a desarrollar y explotar las fortalezas, de allí que resulta esencial la colaboración y la implicación en el proceso de su codiseño. Si bien es necesario contemplar los riesgos y los factores criminógenos, esto puede ser contraproducente si no se apunta primordialmente a proponer y motivar desde la intervención logros positivos que superen las simples prohibiciones. En definitiva, *se trata de colaborar para que el joven desarrolle un proyecto de vida que le permita asegurar valores primarios sin dañar a otros.*

El operador debe hacer un balance entre la promoción de bienestar personal del infractor y la reducción del riesgo para la sociedad, con un discurso optimista, orientado hacia el futuro y proactivo para fomentar la motivación.

Nuestra realidad: Dificultades y objeciones. Objetivos posibles

No obstante las indudables buenas intenciones formuladas desde la teoría del desistimiento para mejorar las prácticas de las intervenciones socio-jurídicas en el ámbito del sistema de justicia juvenil, algunas de las dificultades que podríamos señalar son:

- a) Relativas a las condiciones contextuales macro:
 - Desarrollar el capital social de un grupo vulnerable es un difícil desafío en contextos de sociedades de control, en las que la mayor preocupación es el temor al delito y por ende, el castigo y la protección frente a los transgresores, más que su inclusión/reintegración; se producen así procesos de alteridad de doble vía (nosotros/los otros; víctimas/victimarios) en los que se ha perdido la idea de que el individuo tiene, necesariamente, una responsabilidad social con lo colectivo;
 - Fomentar la *esperanza* y la *adquisición de valores primarios compartidos* y el *cumplimiento* en contextos de exclusión y de pérdida de la función mítica de la autoridad, de la ley y de la Justicia, en los que las instancias externas de resolución de conflictos de intereses intersubjetivos carecen de legitimidad por considerarse ajenas, se presenta como un esfuerzo de resultados inciertos;⁶

6. Fernández, Silvia, “¿Puede el sistema penal alejar a los jóvenes del delito? Presente y futuro de las intervenciones socio-jurídicas en el régimen penal juvenil”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

- En estos mismos escenarios, la imposibilidad de muchos jóvenes de proyectarse sobre un horizonte temporal imaginario (futuro en el cual se padecerán los resultados de haber optado por el delito), dificulta el despliegue de un comportamiento estratégico, que promueva el cambio positivo y la construcción de un *proyecto* de vida.
- b) Relativas a la especificidad de las intervenciones socio-jurídicas:
 - El abordaje multiagencial requiere la coordinación de esfuerzos y recursos que muchas veces resulta obstaculizado por la falta de delimitación o superposición de competencias como así también por la escasa disposición hacia la colaboración y el trabajo conjunto, que permita superar la concepción de compartimentos estancos. Estas situaciones dificultan el enfoque integral, holístico, que se propone desde la teoría del desistimiento;
 - La inexistencia de las características deseables en los operadores (compromiso, motivación, aliento, capacidad de escucha y empatía, buen humor, disposición al codiseño y co-gestión de las actividades consensuadas, consideración de la diversidad entre los participantes, apartamiento de prejuicios personales, ejercicio legítimo de la autoridad, disposición al trabajo de campo, etc.);
 - La precariedad y discontinuidad de los recursos disponibles.

Entonces, ¿la supervisión eficaz es una utopía de la que hay que abdicar?

En primer lugar, una evaluación realista de posibilidades concluirá en que los postulados de la teoría del desistimiento son lineamientos que deberían orientar las prácticas hacia un modelo de intervención consciente de las especificidades de la cuestión penal y del sistema penal, señaladas desde la criminología crítica; un modelo superador de enfoques limitados al control del riesgo o al abordaje netamente etiologicista. Esto evitará el peligro de constituirse en parte del discurso legitimante de la solución populista punitiva frente al delito como construcción de génesis compleja. Además, las prácticas específicas de supervisión deberían acompañarse de un discurso que, más allá de la cuestión del control, emita a la sociedad señales visibles de restitución y reparación, proponiéndose comprometer a las comunidades y al Estado.

La legitimidad de la intervención radica en destacar en todos los planos que la exclusión social es *injusta*, más allá de sus efectos contin-

gentes en la tasa delictiva y su impacto en la cuestión de la inseguridad. Por otra parte, la supervisión tiene una función precisa y delimitada por las garantías formales y sustanciales de las que goza todo joven judicializado por lo cual, principalmente debe colaborar en el diseño, implementación y ejecución de una medida alternativa o sanción en el medio libre de manera que tanto la sanción como el propio proceso penal adquieran para el infractor el “mayor significado posible” en relación al hecho reprochado. La construcción de un proyecto de vida sustentable podrá propiciarse pero no imponerse. Puede generarse como efecto colateral y como consecuencia de un complejo proceso en el que deberán coincidir la motivación del joven, la adquisición de las capacidades necesarias tanto como las oportunidades para ponerlas en práctica.

Metodología de trabajo ante la complejidad de la cuestión penal juvenil: Interdisciplinariedad, intersectorialidad y multiagencialidad

Conforme a las directivas y sugerencias contenidas en la normativa constitucional e internacional que integra la propuesta de especialidad de la justicia penal juvenil, el trabajo en equipos interdisciplinarios se impone epistemológicamente y se presenta como la metodología de trabajo más indicada para el desarrollo de las tareas encomendadas a los profesionales que integran la Prosecretaría de Intervenciones Socio-jurídicas.

Esta metodología de abordaje no integra la formación de grado de la mayor parte de las carreras de las que egresan los profesionales del cuerpo y, por lo tanto, se confía en que dicha habilidad será adquirida por el solo hecho de constituir los equipos y exigir su trabajo conjunto. No se ha problematizado suficientemente el concepto mismo de interdisciplina que debería darse al interior de estos equipos, con los obstáculos y desafíos que la misma supone. La idea de horizontalidad es clave para este enfoque. Es decir que es indispensable que el conocimiento “total” (interdisciplinario) sea producido sin hegemonía de una de las disciplinas, en un movimiento armónico de imbricación mutua que penetre al objeto de conocimiento.

Por otra parte, la propuesta de abordaje multi e interagencial de la cuestión penal juvenil que impone el diseño legal ajustado a

los estándares internacionales (circuito judicial y administrativo del sistema de protección integral) implica una suerte de cogestión o *partnership* compleja que puede traducirse en dificultades en la fase de coordinación. La falta de una verdadera “visión conjunta” y una acción articulada puede llevar al funcionamiento de los organismos como compartimientos estancos en los que se responde a principios diversos (criterios de política social *versus* criterios de política criminal –punitiva– *versus* criterios criminológicos –críticos o positivistas–) puede resultar, las más de las veces, en intervenciones superpuestas, contradictorias o complemente formales, lo que incide negativamente sobre la colaboración e implicación subjetiva de los jóvenes participantes, por lo que se torna esencial trabajar en estos aspectos y explorar los límites de la intersectorialidad para dotar a las intervenciones de consistencia, continuidad e integralidad.

La inserción de los equipos interdisciplinarios en la nueva ley penal juvenil

Si la revisión de los procedimientos, penas y medidas se agota en el análisis jurídico sin atender a la necesidad de una instancia socio-jurídica, interdisciplinaria, que pueda intermediar y actuar en el proceso de reasignación de valor simbólico de la ley penal para el joven infractor, se corre el riesgo de eliminar la supervisión y transformar a los equipos interdisciplinarios en un cuerpo técnico auxiliar en los que tan solo permiten una “foto”, una evaluación estática a la hora de tomar una decisión procesal (prisión preventiva, medida alternativa, etc.) que sin el acompañamiento sostenido y comprometido puede servir a fiscales y defensores como “prueba” para avalar sus estrategias pero pierde la posibilidad de coadyuvar en un proceso de cambio.

Tanto el delineamiento como la supervisión de medidas alternativas deberían hacerse en marcos judiciales, a través de equipos permanentes sostenidos en el tiempo con capacitación en su función específica y que puedan, además de acompañar, reportar a las autoridades judiciales, como un eslabón más del sistema. Relegar la supervisión a los mismos órganos administrativos encargados de articular los recursos necesarios para su implementación es asignarle un doble rol que, por su propia

naturaleza administrativa, excede el marco de política social para el que han sido creados. Una cogestión, una visualización conjunta de recursos de los equipos judiciales y administrativos puede ser enriquecedora y necesaria, pero la delegación en el poder administrador del diseño y supervisión de las medidas que se adopten en el ámbito judicial expone a la intervención a ser sometida a criterios diferentes de los que informan el ámbito de la justicia; a la inestabilidad de los programas y operadores de estos órganos y al posible vaciamiento de la supervisión sustancial, reemplazándola por una supervisión formal, que muchas veces se reduce a la presentación voluntaria del joven en determinados períodos de tiempo. Se sustituye así una auténtica relación y acompañamiento que pueda ser útil en términos de alejamiento del delito, ampliando la red penal mediante medidas alternativas que implican coerción donde antes no la había o manteniéndolas mediante la ficción de un “cumplimiento” que nadie fomenta ni estimula al solo fin de evitar su revocación. El riesgo de que el proceso penal juvenil se transforme en un juego dialéctico entre profesionales del Derecho, en el que todos los agentes se sientan a gusto tecnificando las instancias con el propósito de cuidar sus garantías, conlleva el riesgo de concentrarse en un esquema más punitivo que reintegrador, más técnico que práctico sin que logren producir movimientos en las vidas de los jóvenes infractores.

El proceso penal puede servir para reasignar valor simbólico a la ley si se trabaja con continuidad y cohesión en la implicación colaborativa del joven. De lo contrario, solo será la antesala de una respuesta exclusivamente punitiva, cuya incidencia en un proceso de cambio sustentable será siempre discutible.

Bibliografía

BURNETT, Ros y MCNEILL, Fergus, “The place of the officer-offender relationship in assisting offenders to desist from crime”, en *Probation Journal*, vol. 52, N° 3, 2006.

CANTON, Rob, *Probation: Working with offenders (Criminal Justice Series)*, Abingdon, Routledge, 2011.

CERRY, Sally, *Transforming behaviour: Pro-social Modelling in Action*, Cullompton, Willan Publishing, 2005.

EZELL, Michael y COHEN, Lawrence, *Desisting from crime*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

FARRAL, Stephen, *Rethinking what works with offenders: Probation, Social Context and Desistance from Crime*, Devon, Willan Publishing, 2002.

FERNÁNDEZ, Silvia, “¿Puede el sistema penal alejar a los jóvenes del delito? Presente y futuro de las intervenciones socio-jurídicas en el régimen penal juvenil”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

LAUB, John H. y SAMPSON, Robert J., *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

MARUNA, Shadd, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*, Washington DC, American Psychological Association, 2001.

MCNEILL, Fergus, “A desistance paradigm for offender management”, en *Criminology and Criminal Justice*, vol. 6, N° 1, 2006.

_____ y WEAVER, Beth, “Changing lives? Desistance research and offender management”, en *Scottish Centre for Crime and Justice Research*, 2010.

PATERSON, Fiona y TOMBS, Jacqueline, *Social Work and Criminal Justice: The Impact of Policy*, Edinburgh, The Stationery Office Books, 1998.

REX, Sue, “Desistance from offending: experiences of Probation”, en *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 38, N° 4, 1999.

Justicia Restaurativa para la seguridad ciudadana. Estudios y nuevas tecnologías de intervención en la Justicia Penal Juvenil

María Florencia Graziano*

En los últimos años, diferentes estudios e investigaciones han demostrado que la conflictividad social, específicamente los conflictos vinculados con el delito juvenil, no se resuelven con los modos típicos de administración judicial de conflictos que predominan en nuestra sociedad. En efecto, si bien la tendencia más acentuada sigue siendo la de intentar solucionar la conflictividad social acudiendo al Derecho Penal, y ello se basa en la creencia o bien en la esperanza de que el endurecimiento de las penas y en general, el rigorismo punitivo pueda ser la solución para reducir la cantidad de delitos cometidos por jóvenes y para conseguir un tratamiento más eficaz, al analizar las prácticas concretas y efectivas de diferentes sistemas de justicia es posible advertir que la Justicia Retributiva se revela poco idónea para prevenir, reparar e incluso para sancionar la comisión de delitos por parte de personas menores de edad.

En este contexto, desde hace más de una veintena de años en diferentes países del mundo se ha comenzado a diseñar otra forma de administración de conflictos que ha sido denominada Justicia Restaurativa, y que aparece como una opción para dar una mejor y más eficiente respuesta a quienes acuden a los tribunales en busca de una solución a su conflicto. Se ha construido en oposición a la justicia tradicional y parte de premisas muy diferentes respecto de lo que entendemos por “justicia”, “castigo” e incluso “delito”.

* Doctora en Antropología, becaria posdoctoral del CONICET, investigadora del equipo Burocracias, derechos, parentesco e infancia del Programa de Antropología Política y Jurídica del Instituto de Ciencias Antropológicas de la UBA. Integrante del Programa Nacional Ciencia y Justicia del CONICET.

En la Justicia Retributiva tradicional el delito es considerado como una infracción a la norma, una desobediencia que debe ser castigada para restablecer la autoridad del Estado y disuadir a otros de conductas similares. No tiene el significado de un conflicto. Mientras que, en la Justicia Restaurativa, el delito es considerado centralmente como un conflicto, que involucra personas que se encuentran inmersas en relaciones sociales y en entornos comunitarios. El delito se observa como un evento pluridimensional, un suceso que se genera dentro de un complejo marco de interacciones.¹ El proceso penal tradicional trata de esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad. La Justicia Restaurativa parte de otra premisa, el reconocimiento voluntario de la existencia del conflicto por parte de la víctima y del infractor. No se trata de establecer la culpabilidad sino de reconstruir, entre todos los protagonistas, el sentido del evento delictivo. El modelo restaurativo no pretende buscar una verdad objetiva o absoluta. La verdad acerca del delito se construye de forma consensuada e intersubjetiva.² Tampoco se trata de seleccionar el castigo correspondiente sino de pensar soluciones adaptadas y evitar una pena de cárcel estigmatizante. Las respuestas restaurativas al delito son complejas porque emergen de las voces de todos los sujetos implicados. De eso precisamente se trata la mediación y las demás estrategias restaurativas. No se excluye del proceso ni a la víctima ni al victimario, como sí lo hace el sistema de justicia tradicional, sino que tiene sentido preguntarle a la víctima qué quiere y al victimario cómo puede reparar el daño causado.³

A partir de la emergencia de este tipo de enfoques, la justicia tradicional se ha ido transformando y, tal como se ha analizado desde la antropología jurídica⁴ durante las últimas décadas se ha asistido a un

1. Gaddi, Daniela, "Condiciones para la evolución del paradigma restaurativo y mecanismos de su aplicación en justicia juvenil según la normativa supranacional", en *La Trama*, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos. Justicia restaurativa y prácticas restaurativas, N° 56, Buenos Aires, febrero de 2018.

2. Ídem.

3. Calvo Soler, Raúl; Ollero Perán, Jorge, "Nuevos retos para el discurso restaurativo", en *Revista La Trama*, N° 56, Buenos Aires, febrero de 2018.

4. Poole, Deborah, "Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal", en *Alteridades*, vol. 16, N° 31, México, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, 2006, pp. 9-21; Merry, Sally Engle, "Transnational Human

desplazamiento en las formas de administración judicial hacia modalidades basadas en la costumbre, los valores de la comunidad y las formas alternativas de resolución de conflictos. Ello porque el sentido y el valor del Derecho Penal, así como la propia autoridad del Estado para aplicarlo, han sido puestos en cuestión; incluso por la propia institución judicial. A partir de esta (auto) acusación e intentando revitalizar su legitimidad, surgen procesos de administración de justicia que procuran revincular la justicia penal con la democracia. Desincentivando el elitismo de la justicia penal y el carácter críptico de su lenguaje y decisiones⁵ en un ámbito tradicionalmente refractario a la discusión abierta, y partidario o acostumbrado a sustraer y despojar a las personas del contenido y significado de sus conflictos, surgen prácticas que animan a reunir en ámbitos comunes, cara a cara, a las diferentes personas afectadas por un conflicto, ponen en diálogo a víctimas, victimarios y demás miembros de la comunidad, y motivan la participación de las personas en la solución de sus conflictos.

En el ámbito de las burocracias judiciales argentinas, si bien la introducción de estas experiencias novedosas ha sido demorada y ha generado distintas tensiones, particularmente en los últimos años, diferentes organismos, agencias y activistas han comenzado a proponer modos de resolución de conflictos cuyo objetivo central es alejarse de la lógica propiamente penal del reproche legal e implementar mecanismos para que los conflictos sean reapropiados por las personas involucradas en ellos, y para promover una menor punitivización en su tratamiento. De este modo, en los específicos contextos en los que se han implementado han posibilitado construir nuevos modos de comprender la naturaleza de los conflictos, que si bien poseen efectos

Rights and Local Activism: Mapping the Middle”, en *American Anthropologist*, vol. 108, N° 1, American Anthropological Association, 2006; Sierra, María Teresa y Chenaut, Victoria, “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas”, en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, España, Anthropos y UNAM, 2002; Schuch, Patrice, “Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil: o caso da justiça restaurativa,” en *Civitas*, Porto Alegre, vol. 8, N° 3, 2008, pp. 498-520.

5. Sarabayrouse Oliveira, María José, “Poder Judicial: Transición del escriturismo a la oralidad”, Tesis de Licenciatura, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1998. De la misma autora, “La justicia penal y los universos coexistentes: Reglas universales y relaciones personales”, en Tiscornia, Sofía (comp.), *Burocracias y violencia: estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2004, pp. 203-238.

ambiguos y hasta contradictorios (me refiero a la utilización de la Justicia Restaurativa para ramificar el sistema penal y no para limitarlo, o bien contribuyendo a reproducir o consolidar la propia selectividad del sistema penal), más allá de esos significados diversos, que pueden distar o incluso ser antagónicos a los formalmente estipulados, se han modificado lógicas tradicionales de intervención.

A partir de una investigación que realizamos sobre medidas alternativas en la justicia penal juvenil solicitada por UNICEF Argentina⁶ detectamos que la justicia penal de nuestro país ha incorporado nuevos procedimientos de resolución de conflictos y que hay una tendencia creciente a la desjudicialización, a partir de este estudio también se tornó evidente que para fortalecer esta tendencia –que se lleva a cabo fundamentalmente a través de prácticas creativas orientadas por el activismo en derechos humanos de diferentes actores– es preciso, además de la transformación normativa que nuestro país está obligado a realizar para adecuar su sistema de justicia penal juvenil de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos –ya que posee una ley de fondo no adecuada en la materia– dotar a estos procesos de institucionalidad. Es decir, para que estas innovaciones en lugar de permanecer como una abstracción puedan ser efectivamente implementadas y sostenidas en el tiempo deben estar acompañadas de condiciones materiales (recursos, programas específicos, actores especializados, articulaciones interinstitucionales) así como de transformaciones en las capacidades interpretativas de los actores.

Esto es, la Justicia Restaurativa en tanto herramienta para gestionar la conflictividad socio-penal juvenil permite poner en perspectiva los modos usuales en los que se administra justicia para jóvenes en nuestra sociedad, y puede alentar el diseño de formas creativas de abordaje, enmarcadas en un enfoque de derechos humanos, que amplíen el repertorio de los recursos con los cuales los agentes judiciales gestionan cotidianamente aquellos conflictos que convertidos en delitos son ingresados al ámbito de la justicia penal de menores para ser administrados como tales. No obstante, si tales estrategias no son respaldadas y dotadas de institucionalidad pueden generar efectos con-

6. UNICEF, “Justicia juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en Argentina”, Buenos Aires, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2018.

traproducentes que lejos de fortalecer ese tipo de prácticas terminen por deslegitimar esos modos alternativos de abordaje.

En efecto, es preciso fortalecer y/o crear dispositivos que permitan instrumentar estas medidas que tienden a la desjudicialización. Que existan dispositivos específicos en medidas alternativas al proceso penal y especializados en jóvenes se transforma en una condición que contribuye a tornar elegibles esas medidas. Estos dispositivos son un recurso muy valorado por los actores judiciales ya que ellos encuentran allí un respaldo institucional para tomar la decisión de hacer uso de alguna de esas medidas, porque existe otro ámbito que las va a viabilizar, que se va a hacer responsable de encontrar los lugares para que el joven desarrolle las tareas que le fueron asignadas, lograr que lo acepten, realizar el seguimiento, verificar su cumplimiento. Si bien, como decía antes, la previsión legal es importante, más importantes aún son las capacidades institucionales: la calidad de la relación que el Poder Judicial y el Ministerio Público mantengan con el sistema de protección de derechos. Es preciso dinamizar esas relaciones y capacitar específicamente al personal (de las autoridades judiciales, del personal policial, de los funcionarios del Poder Ejecutivo, de las organizaciones de la sociedad civil). La existencia de profesionales capacitados y especializados en la aplicación de medidas alternativas es altamente importante y marca una sustantiva diferencia, así como la incorporación de información proveniente de investigaciones y disponer de sistemas de monitoreo y evaluación para poder mensurar de manera más adecuada los recursos necesarios para alcanzar una eficiencia razonable. Como así también problematizar la aceptación cultural de estas estrategias en la sociedad, incidir en su visibilidad (en este punto hay un trabajo necesario con los medios de comunicación), en los modos de comprensión del conflicto penal y en los procesos discriminatorios hacia los jóvenes y trabajar, a su vez, en la sensibilización de los actores relevantes (la reciente publicación del Protocolo de Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos es una buena iniciativa).

Toda transformación supone un proceso complejo que involucra cambios heterogéneos en su extensión y cualidad, y requiere de la comprensión de las dinámicas sociales y políticas en que tienen lugar.

Por ello considero necesario profundizar el conocimiento respecto de cómo es que ese proceso general de incorporación de la Justicia

Restaurativa en el país se materializa singularmente en el contexto local. Ya que si bien tanto en la Argentina como en la región ha habido, por un lado, influencias europeas y estadounidenses en las reformas de justicia que implicaron la importación de alternativas de resolución de conflictos como la mediación;⁷ y por otro lado, la Justicia Restaurativa forma parte de las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para que los países desarrollen sistemas alternativos a la justicia estatal tradicional⁸ y en los últimos años, se han consignado experiencias relevantes promovidas por diferentes agencias internacionales, entre ellas el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). En la perspectiva que me interesa proponer, parto de la idea de que en cada contexto local las formas que efectivamente adquieran este tipo de recomendaciones que los organismos hacen alrededor del mundo serán diversas en tanto se “traducirán” o “vernacularizarán”⁹ y se implementarán en escenarios singulares marcados por culturas institucionales y lógicas burocráticas particulares, y serán reapropiadas por diferentes tipos de agentes que les imprimirán particulares sentidos.

Analizar desde una perspectiva socio-antropológica los procesos de incorporación de estándares de derechos humanos a ámbitos institucionales que constituyen perdurables burocracias requiere adoptar una serie de recaudos a fin de evitar recrear lecturas valorativas, normativas o sesgadas de procesos que son complejos y nunca unívocos.

En efecto, tal como ha sido demostrado por trabajos que se ocuparon de distintos procesos de institucionalización de nuevos derechos en el ámbito judicial¹⁰ es preciso, por un lado, tener en cuenta que los

7. Dezalay, Yves; Garth, Bryant, “La internalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas para transformar los Estados Latinoamericanos”, en *Revista Polis*, Santiago, ILSA/Universidad Bolivariana, 2002.

8. Schuch, Patrice, “Tecnologias da não-violência...”, *op. cit.*, p. 499.

9. Merry, Sally Engle, “Transnational Human Rights and...”, *op. cit.*; de la misma autora “Vernacularization in Action: Using Global Women’s Human Rights Locally”, en *Special Issue of Global Networks*, vol. 9, N° 4, 2009.

10. Villalta, Carla; Llobet, Valeria, “Resignificando la protección. Nuevas normativas y circuitos en el campo de las políticas y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia en Argentina”, en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, N° 1, 2015, pp. 167-180; Villalta, Carla; Herrera, Marisa; Burgués, Marisol; Martínez, Josefina, “El derecho del niño a ser oído y la figura del abogado del niño en la justicia de familia”, Informe final, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 2015.

derechos humanos no portan un contenido universal y ahistórico, sino que adquieren significados y existencia en la práctica diaria y a partir de su imbricación con las condiciones locales derivadas de determinados contextos sociales y políticos.¹¹ Por otro lado, también debemos tener en cuenta que junto a las definiciones formales y los postulados normativos, en la cotidianeidad de las instituciones existen relaciones e interacciones entre diferentes agentes y organismos, valoraciones e interpretaciones, y criterios y normas “de hecho” que, en buena medida, moldean las prácticas institucionales y dan forma a rutinas y usos que es preciso conocer para comprender cómo los proclamados cambios—en este caso, la denominada Justicia Restaurativa—son materializados.

Inscribir tales prácticas en su historicidad resulta imprescindible para comprender que las transformaciones y/o los cambios propuestos (“renovación de la justicia”, “acercar la justicia” o “desjudicializar”) son desarrollados en escenarios que se nutren de tradiciones, rutinas y prácticas de larga data. Comprender cómo se han receptado las nociones relativas a la resolución alternativa de conflictos implica el desafío de conocer y describir las tramas de relaciones sociales y las tradiciones institucionales preexistentes. También implica asumir que el campo de “la justicia” no actúa en solitario, sino que lo hace en interacción con otros organismos y agentes que tienen o pueden tener lógicas distintas y estrategias diferenciadas, lo que puede dar lugar a diferentes disputas y tensiones.

De esta manera, entiendo que para producir conocimiento crítico respecto de los obstáculos y las posibilidades de implementación de prácticas de Justicia Restaurativa en el fuero penal juvenil es preciso dar cuenta de las condiciones locales sociales y materiales, analizar los criterios de aplicación, las percepciones y valoraciones, y los sentidos e interpretaciones de las diferentes personas que participan de estas estrategias: mediador, defensores, agentes involucrados en la difusión de estas políticas, agentes del sistema de protección de derechos, otros agentes estatales y también los adolescentes, sus familias y los afectados por los delitos (algo

11. Fonseca, Claudia; Schuch, Patrice, *Políticas de proteção à infância: um olhar antropológico*, Porto Alegre, Editora UFRGS, 2009; Fonseca, Claudia; Cardarello, Andrea, “Derechos de los más y menos humanos”, en Tiscornia, Sofía; Pita, María Victoria, *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil: estudios de Antropología Jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2005.

escasamente abordado). Ello así, en tanto el objetivo principal es desarrollar insumos que, a partir de la investigación, permitan configurar nuevas tecnologías de intervención que alienten la participación ciudadana en la gestión judicial de la conflictividad socio-penal juvenil. Es decir, construir datos que permitan, por un lado, revisar las prácticas que los agentes judiciales ponen en marcha y por otro, elaborar tecnologías de intervención que permitan abordar la conflictividad socio-penal juvenil de manera eficiente y respetuosa de los derechos humanos.

Propongo alentar la construcción de instancias colaborativas de producción de conocimiento con los agentes institucionales encargados de llevar adelante estas experiencias novedosas. De esta manera, el desarrollo de la investigación se convertirá en sí mismo en un insumo para los diferentes organismos con los que se trabaje, propiciando el intercambio y generando conocimiento coproducido con los agentes judiciales.

Es menester realizar acciones de capacitación, reflexión y revisión de las prácticas de los agentes judiciales a fin de aportar, desde la investigación, insumos para el diseño y/o consolidación de nuevas formas de gestionar los procesos penales seguidos a jóvenes.

El Programa Nacional Ciencia y Justicia de la Dirección de Vinculación Tecnológica del CONICET mantiene convenios con los distintos poderes judiciales del país y de este modo se fortalece el diálogo entre las ciencias sociales y los agentes judiciales; agentes de las distintas instituciones judiciales del país han mostrado interés en formalizar vínculos con este Programa a fin de sistematizar experiencias y corregir políticas.

Identificar las tensiones que emergen en el desarrollo de este tipo de estrategias inspiradas en el enfoque de la Justicia Restaurativa, los conflictos a que dan lugar y las resistencias que generan, y también las prácticas y experiencias innovadoras que habilitan; comprender las formas en que los diferentes agentes, institucionales y no institucionales, que participan en la implementación de estas estrategias, las valoran, perciben y dotan de sentido generará un insumo de crucial importancia para el diseño e implementación de políticas en materia de seguridad ciudadana. En tanto supondrá, por un lado, la consecución de instancias colaborativas de producción de datos y de revisión de las propias prácticas con agentes de diferentes organismos del fue-

ro penal juvenil, y por otro, la elaboración de tecnologías sociales¹² que viabilicen transformaciones en las formas clásicas del tratamiento del delito juvenil. Lo antedicho permitirá articular nuevas metodologías para la ejecución de políticas y programas que sean tanto respetuosos de los derechos de niños/as y adolescentes, como eficientes en el tratamiento de la conflictividad socio-penal juvenil.

Para terminar quiero marcar las diferencias que la Justicia Restaurativa presenta respecto de los modos tradicionales de impartir justicia; marcar sus diferencias con lo acostumbrado e intentar desplazarlos de la lógica usual para abordar los delitos puede llevarnos a interpretaciones sobre la misma que solo conduzcan a exotizarla y a considerarla tan extraña que se vuelva inaplicable o bien por ese mismo motivo a rechazarla en tanto decididamente se aleja bastante de nuestras ideas acostumbradas respecto de lo que es la justicia, el delito, el castigo. En el vértice opuesto, puede ser ubicada en el lugar de “panacea”, de la fórmula mágica o remedio de todos los males, que como sabemos son muchos y variados, y que aquejan reiteradamente al sistema penal en general y pareciera que aún más cuando trata de administrar sanciones para el delito juvenil o adolescente.

Estas ideas pueden sonar presuntuosas o idílicas, –que el adolescente visible a la víctima, que asuma su responsabilidad y repare el mal hecho; que la víctima cambie su percepción sobre el infractor y sobre sus razones para cometer el delito; que no se desilusione con el sistema judicial en el que ha puesto todas sus esperanzas, que se le dé participación en su propio conflicto, que se atienda a sus sentimientos– sin embargo, cuando las personas se sienten escuchadas, contenidas, ayudadas, respetadas (cuando se da un proceso de legitimación y de reconocimiento,¹³ en definitiva, se les da un espacio para revalorizarse, se producen cambios. Y esto no implica pensar que sea una solución rápida o fácil, ni que funcione en todos los casos, pero sí implica tener

12. Thomas, Hernán, “Tecnologías para la inclusión social en América Latina: de las tecnologías apropiadas a los sistemas tecnológicos sociales. Problemas conceptuales y soluciones estratégicas”, en Thomas, Hernán (coord.); Santos, Guillermo y Fressoli, Mariano (comp.), *Tecnología, desarrollo y democracia. Nueve estudios sobre dinámicas socio-técnicas de exclusión/inclusión social*, Buenos Aires, MINCYT, 2012, pp. 25-78.

13. Baruch Bush, Robert; Folger, Joseph, *La Promesa de la Mediación*, Buenos Aires, Granica, 2006.

en cuenta que el cambio de enfoque de la intervención también puede resultar en cambios en las personas que son objeto de esa intervención.

En suma, comprender que el sistema de justicia tradicional, si bien hegemónico, no es el único existente ni el único posible, nos permite interrogar lo obvio, lo dado, para diseñar otras estrategias diferentes a las acostumbradas. Y en este punto es donde el diálogo entre las ciencias sociales y la justicia –o mejor dicho los agentes judiciales– puede ser muy provechoso.

Bibliografía

BARUCH BUSH, Robert y FOLGER, Joseph, *La Promesa de la Mediación*, Buenos Aires, Granica, 2006.

CALVO SOLER, Raúl y OLLERO PERÁN, Jorge, “Nuevos retos para el discurso restaurativo”, en Revista *La Trama*, N° 56, Buenos Aires, febrero de 2018.

DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant, “La internalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas para transformar los Estados Latinoamericanos”, en Revista *Polis*, Santiago, ILSA/Universidad Bolivariana, 2002.

FONSECA, Claudia y CARDARELLO, Andrea, “Derechos de los más y menos humanos”, en TISCORNIA, Sofía y PITA, María Victoria, *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil: estudios de Antropología Jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2005.

FONSECA, Claudia y SCHUCH, Patrice, *Políticas de proteção à infância: um olhar antropológico*, Porto Alegre, Editora UFRGS, 2009.

GADDI, Daniela, “Condiciones para la evolución del paradigma restaurativo y mecanismos de su aplicación en justicia juvenil según la normativa supranacional”, en *La Trama*, N° 56, Buenos Aires, febrero de 2018.

JACQUES, Manuel, DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant, “La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados Latinoamericanos”, en Revista *Polis*, Santiago, ILSA/Universidad Bolivariana, 2002.

MERRY, Sally Engle, “Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle”, en *American Anthropologist*, vol. 108, N° 1, American Anthropological Association, 2006.

_____, “Vernacularization in Action: Using Global Women’s Human Rights Locally”, *Special Issue of Global Networks*, vol. 9, N° 4, 2009.

_____, “Pluralismo Jurídico”, en MERRY, Sally Engle, GRIFFITHS, John y TAMANAHA, Brian Z., *Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

POOLE, Deborah, “Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal”, en *Alteridades*, vol. 16, N° 31, México, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, 2006.

SARRABAYROUSE OLIVEIRA, María José, “Poder Judicial: Transición del escriturismo a la oralidad”, Tesis de Licenciatura, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1998.

_____, “La justicia penal y los universos coexistentes: Reglas universales y relaciones personales”, en TISCORNIA, Sofía (comp.), *Burocracias y violencia: estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2004.

SCHUCH, Patrice, “Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil: o caso da justiça restaurativa,” en *Civitas*, Porto Alegre, vol. 8, N° 3, 2008.

SIERRA, María Teresa y CHENAUT, Victoria, “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas”, en KROTZ, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, España, Anthropos y UNAM, 2002.

THOMAS, Hernán, “Tecnologías para la inclusión social en América Latina: de las tecnologías apropiadas a los sistemas tecnológicos sociales. Problemas conceptuales y soluciones estratégicas”, en THOMAS, Hernán (coord.); SANTOS, Guillermo y FRESSOLI, Mariano (comp.), *Tecnología, desarrollo y democracia. Nueve estudios sobre dinámicas socio-técnicas de exclusión/inclusión social*, Buenos Aires, MINCyT, 2012.

UNICEF, “Justicia juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en Argentina”, Buenos Aires, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2018.

VILLALTA, Carla; HERRERA, Marisa; BURGUÉS, Marisol y MARTÍNEZ, Josefina, “El derecho del niño a ser oído y la figura del abogado del niño en la justicia de familia”, Informe final, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 2015.

VILLALTA, Carla y LLOBET, Valeria, “Resignificando la protección. Nuevas normativas y circuitos en el campo de las políticas y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia en Argentina”, en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, N° 1, 2015.

Justicia Juvenil Restaurativa: aportes desde una experiencia de trabajo

Romina Kojdamanian Favetto* y Claudia Rossi**

Introducción

El presente artículo tiene como propósito brindar aportes para la realización de prácticas restaurativas en el marco de la justicia penal juvenil, tomando como insumo la experiencia que se viene desarrollando en el Ministerio Público Fiscal del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, y las herramientas de intervención que incentivan estas prácticas desde el paradigma de la Justicia restaurativa.

Trayectoria del Área de Justicia Juvenil Restaurativa en el ámbito de una fiscalía juvenil

En el año 2014 se firmó un convenio de colaboración interinstitucional entre la Fiscalía del Departamento Judicial de San Martín, la Municipalidad de General San Martín, el Colegio de Abogados de San Martín y la Universidad de San Andrés cuya finalidad fue establecer procesos de cooperación y coordinación entre las diferentes instituciones a fin de construir una modalidad de intervención para la ejecución de

* Licenciada en Trabajo Social (UBA). Perito Trabajadora Social en el ámbito del Área de Justicia Restaurativa de la Fiscalía de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires. Actualmente está realizando una suplencia en el Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la Defensoría General de la Nación. Docente de la carrera de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales, UBA. Mediadora, formación en el Programa de Actualización en Negociación y Resolución Alternativa de Conflictos, Posgrado Derecho, UBA.

** Abogada (UBA). Auxiliar letrada designada para desempeñar funciones en el área de Justicia Restaurativa de la Fiscalía de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires. Mediadora, formación en el Programa de Actualización en Negociación y Resolución Alternativa de Conflictos, Posgrado Derecho, UBA.

un Programa de Justicia Juvenil Restaurativa. La realización de dicho acuerdo implicó la capacitación y formación específica en prácticas restaurativas de los profesionales del equipo de trabajo designado a tal efecto y se contó con los aportes teóricos y la experiencia de miembros del área de la Justicia Juvenil Restaurativa de Barcelona bajo la coordinación del Dr. Calvo Soler. En el ámbito judicial el Área de Justicia Restaurativa se conformó por profesionales mediadoras, con formación de base en trabajo social y abogacía, quienes suscriben el presente.

Si bien en sus comienzos el Área de Justicia Restaurativa solo intervenía en forma articulada con la Municipalidad de San Martín en los casos en que estuvieran involucrados jóvenes de ese partido, posteriormente se fue ampliando el trabajo con jóvenes y adolescentes pertenecientes a los otros municipios¹ que forman parte del Departamento Judicial de San Martín.

La continuidad del Área de Justicia Juvenil Restaurativa, más allá del acuerdo inicial, se vio favorecida por la existencia de otras áreas con abordaje restaurativo que se han conformado en distintos departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires y por el acompañamiento que realiza la Oficina Central de Mediación de la Procuración General de la misma provincia. Esto da cuenta del paulatino avance en la aceptación y promoción de esta modalidad de trabajo en los conflictos con consecuencias penales donde hay participación de adolescentes.

¿De qué hablamos cuando decimos Justicia Restaurativa?

Según refiere Howard Zehr:

... 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.²

1. El Departamento Judicial de San Martín está conformado por los partidos de: San Martín, Tres de Febrero, San Miguel, Malvinas Argentinas, José C. Paz.

2. Zehr, Howard, *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*, Editorial Good Books, 2007.

Establece que no hay un modelo único, y que existen diferentes programas de Justicia Restaurativa. Lo que es coincidente en todos es el principio fundamental que los guía: “el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino que también hiere a las víctimas y a la comunidad, por lo cual víctimas y comunidad deben ser parte en la resolución del conflicto.

El Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil es un fuero especializado, en el cual rigen dos principios: el de exclusividad, su campo de actuación se da en sujetos menores de 18 años que cometieron un ilícito; y el de especialidad, atento a que las medidas que se tomen deben fundamentarse desde una finalidad socioeducativa. La utilización de prácticas restaurativas en este fuero es posible porque el contenido de algunos instrumentos internacionales lo recomiendan, tan es así que varios países se han amparado en dicha perspectiva para diseñar estrategias y experiencias. Más allá de los lineamientos provistos por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), se recomienda la Justicia Restaurativa en las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de adolescentes (Reglas de Beijing). Los principios básicos de Naciones Unidas para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal se refieren a la Justicia Restaurativa como una “respuesta evolutiva al delito que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”.³

Por lo expuesto entendemos que el paradigma de la Justicia Restaurativa en el fuero penal juvenil tiene los elementos propicios para intervenir con los jóvenes infractores a la ley penal abordando su situación desde una perspectiva socio-educativa y considerando a la víctima y a la comunidad como parte de la resolución del conflicto.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci describe a la Justicia Restaurativa como una variedad de prácticas destinadas a responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional. Resume el modelo con las tres R: responsabilidad, restauración y reintegración.⁴

3. Sarrile, Viviana y otros, “Medidas Alternativas en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Efectos jurídicos, sociales y de seguridad humana”, Período 2010-2012, Departamento Judicial de San Isidro, Fundación CIJUSO, 2012, p. 20.

4. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.

El proceso de la Justicia Restaurativa tiene como finalidad la reparación del daño ocasionado, pero en el mismo proceso que se busca la reparación hacia la víctima y la comunidad, los jóvenes construyen y refuerzan su lugar como sujetos de derechos. Desde nuestra perspectiva, la modalidad de trabajo restaurativa es una gran responsabilidad por parte de los efectores y el trabajo con jóvenes. Debe ser necesariamente un compromiso colectivo desde una mirada restaurativa. Hoy día, dada la complejidad de los problemas que interpelan a la sociedad y a las profesiones, la creación de formas de trabajo en donde se integren y confluyan diversas formaciones disciplinares se considera imprescindible. Edgar Morín, pensador francés contemporáneo, sostiene que la disciplina es una categoría organizacional que surge junto con la especialización del trabajo respondiendo a la diversidad de los ámbitos que recubren las ciencias. Si bien el recorte por disciplinas permitió establecer los límites para que el conocimiento no se “fluidifique”, se corre el riesgo de la hiperespecialización, donde las fronteras, el lenguaje, y las relaciones entre los diversos campos del saber se cierran sobre sí mismos. En este sentido todo esfuerzo de intervención en lo social, tanto en el campo de la salud, la educación o la justicia, supone una apuesta colectiva. La complejidad del campo social no admite la hegemonía de un conocimiento sobre el otro, ni de una institución sobre otra.

El eje de trabajo que plantea la Justicia Restaurativa no es la culpabilización y el castigo o sanción, ya que la pregunta que guía el abordaje restaurativo apunta a indagar: ¿qué se ha dañado? Es necesario entonces que exista un reconocimiento de que alguien o algo ha resultado dañado para luego poder responsabilizarse de lo que ha sucedido y poder restaurar. Se sostiene que la reparación tiene funciones de *prevención general positiva* y de *prevención especial positiva*, en tanto habilita que en delitos no graves se logre establecer la paz jurídica perturbada a través del reconocimiento por parte del autor, lo que a su vez tiene efectos de *prevención especial positiva*, ya que supone que el autor se enfrente con las consecuencias del delito que ha sufrido la víctima y se promueva su responsabilización con efectos socioeducativos positivos.⁵

5. Llobet Rodríguez, Javier, “Justicia Restaurativa y la protección de la víctima”, ponencia presentada en el Tercer Congreso de Victimología, Costa Rica, 2005.

Área de Justicia Juvenil Restaurativa

La práctica interroga a la teoría, elabora nuevas preguntas, discute con ella. Tal como plantea Howard Zehr “solo pisando firmemente en la realidad, podemos empezar a entender lo que hacemos, por qué lo hacemos, y cómo podemos hacerlo diferente”.⁶ Con esta certeza compartida, entendemos que la propuesta del paradigma de Justicia Restaurativa contribuye a la pacificación social. Tal como sostiene Albin Eser “la paz jurídica perturbada por el delito solo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no solo al autor, sino también a la víctima”.⁷

Desde esta mirada el abordaje considera tanto a los/as victimarios/as como a las víctimas. El trabajo con ambas partes se da de forma separada y, en caso de que sea necesario, puede realizarse el encuentro según la estrategia restaurativa.

Los principios que rigen el encuadre son: voluntariedad, confidencialidad, informalidad. A partir de la existencia de la denuncia, el fiscal es quien deriva al área. La selección de las situaciones implica por parte del equipo el contacto con el victimario y con la víctima, información clara, sencilla y sin tecnicismos en relación al trámite de la denuncia y en relación a la propuesta del área. Es necesario brindar el encuadre de voluntariedad y confidencialidad del mismo, como así también su finalidad. En la Justicia Restaurativa es fundamental la participación voluntaria del autor y de la víctima. El consentimiento de las partes está contemplado en las Reglas de Tokio.

El equipo del área tiene formación compartida en mediación y prácticas restaurativas, siendo cada integrante de disciplina de grado diferente. Esto habilita y promueve el intercambio. Es necesario y parte de la tarea del equipo trabajar en conocer la red social del joven y de la víctima, su cotidianidad, el impacto del delito y evaluar qué aspectos son necesarios trabajar con la familia, con la comunidad, con los programas sociales vigentes, posibles articulaciones con salud, servicios

6. Zehr, Howard, *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Herald Press, 3ª edición, 2012, p. 15. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/280068366/Cambiando-de-Lente-Un-Nuevo-en-Howard-Zehr#scribd>

7. Eser, Albin, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, en Eser, Albin; Hirsch, Hans; Roxin, Claus; Nils, Christie; Maier, Julio; Bertoni, Eduardo; Bovino, Alberto; Larrauri, Elena, *De los Delitos y las Víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 30.

locales, etcétera. Teniendo en cuenta que la intervención en lo social es una acción básicamente intersubjetiva y fuertemente discursiva, la palabra, la mirada y la escucha son sus elementos más sobresalientes.⁸ Para poder acceder al mundo de sentido del sujeto, la entrevista se constituye en el instrumento más apropiado. Esta técnica de intervención profesional es fundamental, ya que se constituye en la herramienta de presentación, acercamiento y conocimiento de los sujetos implicados. La entrevista semiestructurada permite el diálogo e intercambio de sentidos, poniendo el acento en variables y datos que consideramos relevantes respecto de la población involucrada y respetando aquello que las personas estuvieran dispuestas a compartir acerca de su historia y acerca del aquí y ahora de su situación. Las reuniones en el marco restaurativo tienen una dimensión socioeducativa. ¿Qué quiere decir esto? Que en el marco de las reuniones el proceso dialógico que se entabla, donde el entrevistador es el operador, a través de las intervenciones discursivas tiene como objetivo promover en el entrevistado una actitud crítica frente a la realidad, repensando las condiciones por las cuales se llega a la situación que lo convoca al programa.

Desde el campo de las ciencias sociales debemos preguntarnos qué sujetos estamos produciendo con nuestras intervenciones profesionales. ¿Estamos promoviendo un sujeto con capacidad o en cambio estamos produciendo sujetos dependientes, acrílicos y tutelados? ¿Qué construyen nuestras prácticas? ¿sujetos dependientes o sujetos con autonomía y capacidad de decisión? En esta línea es posible indagar: ¿qué finalidad tiene la intervención desde el programa de Justicia Restaurativa? ¿Es lo mismo para el joven o la joven en conflicto con la ley que para la víctima? Las intervenciones sociales están relacionadas con el modo en que cada época construye los perfiles de la transgresión. Si la mirada está puesta en el ofensor y en su castigo, la víctima no tiene lugar. En cambio si la mirada está direccionada en conocer qué se dañó y cómo repararlo, se abre la posibilidad de visibilizar a las partes implicadas en el conflicto y se brinda un lugar para cada uno desde un enfoque restaurativo.

El trabajo que sostiene el área apunta al proceso singular de los participantes. Los encuentros promueven, mediante herramientas comu-

8. Carballeda, Alfredo J., “La intervención en lo social, las problemáticas sociales complejas y las políticas públicas”, en *Revista Margen*, N° 39, 2005.

nicacionales y técnicas de gestión de conflictos, que los/as victimarios/as puedan dar cuenta de cómo se llegó a ser imputado/a en un hecho, qué consecuencias tuvo en la vida de la víctima y en la propia vida. Implica una posibilidad de pensarse a sí mismo/a. En el proceso de trabajo con los/as jóvenes infractores y también con las víctimas, el espacio dialógico de la entrevista con contenido restaurativo está mediado por la palabra. La “capacidad narrativa” consiste en intentar dar sentidos a los acontecimientos, a ordenarlos, y esta acción tiene efectos subjetivizantes. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que el mismo relato crea y reconstruye al sujeto, historiza, hace lazo, ubica en tiempo y espacio. La narración es una producción singular donde cada uno va haciéndose responsable de su propia historia al contarla. No se puede generalizar pero en los relatos de los jóvenes puede suceder que tengan mucho para contar acerca de cómo llegaron a delinquir, o bien que no haya palabras, que sean inconexas, escasas, despersonalizadas; y ahí es donde existe la mayor preocupación. Cabe preguntarse: ¿dónde está el sujeto?, ¿en qué momento dejó de darle un sentido a sus acciones, a sus vivencias?

En cuanto al trabajo del área con las víctimas se tiene en cuenta lo expresado por el Dr. Raúl Calvo Soler acerca de las condiciones esenciales para la intervención con las mismas: que se reconozcan como tales y que puedan gestionar el impacto que el hecho dañoso ha tenido en sus vidas. Es importante considerar que no todos los daños tienen el mismo impacto en los sujetos, por lo que habrá que prestar especial atención al relato que la víctima realiza y conocer cómo se siente, brindando un espacio de confidencialidad y confianza en la entrevista. Tal como sostiene Zehr:

... las víctimas tienen una variedad de necesidades que deben satisfacer si quieren experimentar, al menos, una justicia aproximada. En muchos casos, las primeras y más urgentes necesidades son de apoyo y de un sentido de seguridad. Las víctimas necesitan a alguien que las escuche. Deben tener la oportunidad de contar su historia y ventilar sus sentimientos, una y otra vez.⁹

Interesa remarcar que la víctima del hecho delictivo no es un medio para que el/la joven que delinquiró pueda restaurar; las víctimas

9. Zehr, Howard, *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, op. cit., p. 218.

son un fin en sí mismo y requieren de un abordaje que contemple sus necesidades y promueva su protagonismo.

Al momento de trabajar con jóvenes en conflicto con la ley el concepto de “trayectoria social”, entendida como historia social de vida donde es posible ubicar marcas biográficas y rupturas en la historia, permite un acercamiento desde la singularidad del sujeto.¹⁰ La categoría “joven” no es homogénea, por lo tanto las trayectorias de los jóvenes nos permiten singularizar lo que viene dado como una categoría homogénea: “joven en conflicto con la ley”. Entonces, reconociendo a quien tenemos enfrente podremos trabajar desde un abordaje que tenga en cuenta al sujeto en su contexto y su historia, en su aquí y ahora, como joven que está atravesando o bien atravesó un proceso penal a partir de la comisión de una infracción penal. La categoría juventud no se ofrece de la misma forma al conjunto de los jóvenes: existen diferentes y desiguales modos de ser joven que marcarán también distintos modos de percibir el mundo”.¹¹ Por otro lado, ser joven se encuentra atravesado por otras variables que también imprimen distinciones: el género y las diferencias de clase. No es lo mismo ser una joven de clase media, escolarizada, que ser una joven de los sectores populares, que es parte de la organización doméstica para colaborar con su madre en el cuidado de sus hermanos. Contextualizar la práctica permite que la vida cotidiana de los/as adolescentes sea tenida en cuenta, ya que los sentidos y modos de percibir el mundo serán diversos de acuerdo a la inscripción social y a la trayectoria de las familias que los/as acompañan. Sostenemos que es necesario un diálogo entre el campo del derecho donde se establece que la ley es igual para todos, y la intervención en el marco de la Justicia Restaurativa. Se requiere conocer las trayectorias singulares de los sujetos y tener en cuenta lo particular del contexto para poder generar estrategias de reparación contextualizadas y significativas para las partes. Tal como dice el Dr. Calvo Soler, se debe considerar que para cierto tipo de situaciones vinculadas a determinados contextos sociales y culturales hay una normalización de ex-

10. Carballeda, Alfredo J., *Los cuerpos fragmentados. La intervención en lo social en los escenarios de la exclusión y el desencanto*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2008.

11. Saintout, Florencia, *Jóvenes: el futuro llegó hace rato. Percepciones de un tiempo de cambios: familia, escuela, trabajo y política*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009, p. 17.

perencias violentas que hacen difícil identificar el concepto de daño.¹² Por ejemplo el abordaje con jóvenes que en su propia trayectoria han visto vulnerados sus derechos, cómo trabajar el reconocimiento de daños cuando ellos transitan contextos que los dañan. Esto implica un desafío a la hora de la intervención, puesto que los jóvenes no tienen un mismo recorrido de accesibilidad a derechos e integración social.

La Justicia Restaurativa, un camino a continuar recorriendo

Las áreas de Justicia Juvenil Restaurativa son una forma de intervención social y jurídica en tanto se constituyen como una modalidad específica de respuesta frente a la infracción a la ley por parte de los jóvenes menores de 18 años. En este proceso de intervención se tiene en cuenta tanto al infractor como a la víctima y su comunidad, que resultan dañadas por la comisión del delito y es una forma de abordaje de las consecuencias de los delitos en la cotidianidad de los sujetos. La justicia juvenil es un campo social que está fuertemente mediado por el discurso jurídico y por las lógicas de la administración de la justicia, pero también confluyen otros discursos que participan en la delimitación del campo de la justicia con jóvenes y con las víctimas. Tal como se desarrolló, el proceso de la Justicia Restaurativa tiene como finalidad la reparación del daño ocasionado, pero en el mismo proceso que se busca la reparación hacia la víctima y la comunidad, los jóvenes construyen y refuerzan su lugar como sujetos de derechos. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la adecuación de la legislación nacional y provincial en base a los estándares internacionales, los niños y adolescentes son sujetos de derechos. Nos interesa remarcar la noción de sujetos; si adherimos a que un joven está en proceso de formación, no es un sujeto a medias, es un sujeto que tiene potencialidades en su totalidad a ser desarrolladas. Son los contextos de trabajo con ellos los que habilitarán la potencialidad del reconocimiento, la responsabilización y la restauración. Si dejamos que la sanción sea

12. Calvo Soler, Raúl, *Justicia Juvenil y prácticas restaurativas. Trazas para el diseño de programas y para su implementación*, España, Editorial Ned, 2018.

la única forma de generar una marca en los individuos, ¿no estaríamos dejando de lado al sujeto en su capacidad reparadora?

La Dra. Kemelmajer de Carlucci refiere acerca de la crisis de la justicia y la consecuente necesidad de cambio y señala que la Justicia Restaurativa no significa convertir el proceso penal en un proceso sin garantías, sino que se busca un cambio de mentalidad. No se propone la inexistencia de la sanción. La Justicia Restaurativa tiene funciones de prevención general y no tiene la intención de suplantar a la Justicia Retributiva. Teniendo en cuenta las trayectorias de los jóvenes, esperamos que los programas de la Justicia Restaurativa actúen antes de que no quede otra alternativa más que la pena con su efecto estigmatizador, se agoten las medidas alternativas de solución de conflictos, se trabaje con la responsabilización subjetiva, con las víctimas y las comunidades que vieron dañada su seguridad. Si esto no se realiza ante las primeras comisiones de los ilícitos, la no-marca tanto en el victimario como en la víctima refuerza la sensación de impunidad y de que “nada pasa”. Cuando en realidad, sí pasan cosas. Estamos convencidas de que el proceso restaurativo construye sujetos activos, capaces de expresar emociones, necesidades y potencialidades, y reconoce sujetos de derechos con capacidades para restaurar y ser restaurados.

Bibliografía

CALVO SOLER, Raúl, *Justicia Juvenil y prácticas restaurativas. Trazas para el diseño de programas y para su implementación*, España, Editorial Ned, 2018.

CARBALLEDA, Alfredo J., *La intervención en lo social. Exclusión e integración en los nuevos escenarios sociales*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2002.

_____, “La intervención en lo social, las problemáticas sociales complejas y las políticas públicas”, en *Revista Margen*, N° 39, 2005.

_____, *Los cuerpos fragmentados. La intervención en lo social en los escenarios de la exclusión y el desencanto*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2008.

ESER, Albin, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, en ESER, Albin; HIRSCH, Hans; ROXIN, Claus; NILS, Christie; MAIER, Julio; BERTONI, Eduardo; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena, *De los Delitos y las Víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

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

LLOBET RODRIGUEZ, Javier, “Justicia Restaurativa y la Protección de la Víctima”, ponencia presentada en el Tercer Congreso de Victimología, Costa Rica, 2005.

MORÍN, Edgar; “Sobre la interdisciplinariedad”, en *Centre International de Recherches et Etudes Transdisciplinaires (CIRET)*, Boletín N° 2, París, junio de 1994.

SAINTOUT, Florencia, *Jóvenes: el futuro llegó hace rato. Percepciones de un tiempo de cambios: familia, escuela, trabajo y política*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009.

SARRIBLE, Viviana y otros, “Medidas Alternativas en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Efectos jurídicos, sociales y de seguridad humana”, Período 2010-2012, Departamento Judicial de San Isidro, Fundación CIJUSO.

ZEHR, Howard, *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*, Editorial Good Books, 2007.

_____, *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Herald Press, 3ª edición, 2012.

La interdisciplina como apoyo a la Justicia Juvenil de la Ciudad

María Jimena Lugano* y Alejandra Quinteiro**

Principio de especialidad en proceso penal juvenil

La República Argentina ha suscripto diversos compromisos internacionales en los cuales se ha comprometido a proteger de manera especial los derechos de las personas menores de edad, tanto de aquellos niños que son víctimas de vulneraciones de sus derechos, como de aquellos que se encuentran en conflicto con ley penal. Entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño¹ aprobada con reservas y declaraciones por la Ley N° 23849, dispone en el artículo 3 que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. También en su artículo 40.3, la mencionada Convención dispone que 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 hayan infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes. Por su parte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires² reconoce en su artículo 39 a los niños y niñas como sujetos

*Licenciada en Psicología (UBA). Integrante del Cuerpo de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

** Especialista en Derecho Penal (UP). Especialista en Justicia Restaurativa por la Universidad Católica Lovaina, Bélgica. Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bologna, Italia. Realizó la capacitación en Justicia Restaurativa para la Justicia Penal Juvenil dictada por el “Centre Interfacultaire en Droits de l’Enfant” (CIDE) de la Universidad de Ginebra. Se encuentra a cargo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Ex fiscal para actuar ante el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro (Distrito Pilar).

1. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
2. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 1996.

activos de derechos, garantizándoles su protección integral, así como el deber de ser informados, consultados y escuchados.

A su vez, la Opinión consultiva N° 17 en su párrafo 109, sostuvo que ... los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes sólo a órganos judiciales específicos distintos de los correspondientes a mayores de edad.³

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Instituto de reeducación del menor vs Paraguay”, sostiene que

... los que ejerzan dichas facultades deberán estar específicamente preparados y capacitados en los Derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.⁴

En la misma línea, el informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, elaborado por la CIDH indica que

La CIDH subraya que el principio de especialización se extiende a todo el personal que participa en el sistema de justicia juvenil, incluyendo el personal auxiliar de los tribunales como los peritos así como también el personal encargado de la implementación de las medidas ordenadas por los tribunales, incluyendo el personal destinado a supervisar el cumplimiento de las medidas alternativas a la privación de la libertad.⁵

A este respecto, la Comisión recuerda la Regla 81 de las Reglas de La Habana, según la cual el personal de las instituciones de detención para niños

... deberá ser competente y contar con un número suficiente de especialistas, como educadores, instructores profesionales, asesores, asistentes sociales, psiquiatras y sociólogos. Normalmente, esos funcionarios y otros especialistas deberán formar parte del personal permanente, pero ello no excluirá los auxiliares a tiempo parcial o voluntarios cuando resulte apropiado y beneficioso por el nivel de apoyo y formación que puedan prestar.⁶

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva N° 17, párr. 2002.

4. Corte IDH, caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas, párr. 210/11, 2004.

5. OEA, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, 2011, p. 27.

6. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, Reglas de La Habana, 1990.

En la justicia local, la Ley N° 114⁷ de la CABA, en su artículo 12 incorpora como parte integrante de la ley las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores”⁸ que establecen en su punto 22 “la necesidad de contar con personal especializado y capacitado en los servicios de justicia de menores”.

A su vez, el 03 de octubre de 2007 se sancionó el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley N° 2451, que reglamenta el procedimiento a seguir ante la comisión –o presunta comisión– de hechos tipificados como delito por parte de adolescentes de entre 16 a 18 años de edad no cumplidos al momento de ocurrir los hechos materia de una investigación penal. Este cuerpo normativo se erige como una ley especializada en materia penal juvenil ya que entiende la adolescencia como un ciclo vital determinado tanto por un hecho biológico como un proceso psicosocial, una etapa de desarrollo que enfrenta necesidades específicas.

Asimismo establece, en su artículo 11, la necesidad de especialidad de los magistrados y por su parte 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 CABA.

Acerca de los equipos interdisciplinarios

Las Reglas de Beijing antes mencionadas desprenden dos elementos que ayudan a delinear la función y el rol de los equipos interdisciplinarios en la Justicia Juvenil. Primero, que deben existir equipos interdisciplinarios en la Justicia juvenil que brinden a los juzgados información necesaria acerca de las circunstancias personales, familiares y sociales del adolescente que les permita llegar a una decisión justa y por otro lado la necesidad de que se lleve adelante una investigación.⁹

7. Ley N° 114, Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, 1998.

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

9. Beloff, Mary, “El rol de los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de protección de Derechos del Niño”, en *Aportes para una Justicia Especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2018 p. 60.

En el comentario a la regla se afirma que los informes preparados sobre la base de investigaciones de carácter social (informes sociales o previos a la sentencia) constituyen una ayuda indispensable en la mayoría de los procesos seguidos a jóvenes toda vez que la autoridad competente debe estar informada acerca de los antecedentes sociales y familiares del niño y su evolución educativa, entre otras circunstancias.¹⁰

Cabe resaltar que las diversas legislaciones de Latinoamérica también prevén la intervención de personal no jurídico en la justicia juvenil, más allá de la denominación que se utilice para denominarlos. Por ejemplo, el estatuto del niño y adolescente de Brasil lo llama “Equipo Interdisciplinario”, el código de niños y adolescencia de Uruguay lo menciona como “Equipo Técnico” y la ley de justicia penal juvenil de Costa Rica, “Unidad de Profesionales”.¹¹

En la justicia nacional, la Ley N° 24121 de Implementación y Organización de la Justicia, en el artículo 58 dispuso en el año 1991 la creación de tres equipos interdisciplinarios para los tribunales de menores y la Ley N° 24050 estableció, en el artículo 14, que los mencionados tribunales deben ser asistidos por un equipo interdisciplinario integrado por un médico, especializado en psiquiatría infanto-juvenil, un psicólogo y dos trabajadores sociales; aún resta su implementación.¹²

Nuestro Régimen Procesal Penal Juvenil en su artículo 67 establece que “siempre será requerida la intervención de los integrantes del equipo interdisciplinario” y el artículo 85 de la misma ley dispone que “Los centros especializados para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad deben contar con un grupo interdisciplinario de profesionales especializados”.¹³

En la Provincia de Buenos Aires rige la Ley de Responsabilidad Juvenil,¹⁴ la cual también establece la existencia de equipos interdisciplinarios, integrados por distintas áreas de la interdisciplina que asistan a los magistrados tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público.

10. *Ibíd*em, pp. 60-61.

11. *Ibíd*em, p. 56.

12. *Ibíd*em, p. 59.

13. *Ibíd*em, p. 58.

14. Ley N° 13634 de Responsabilidad Penal Juvenil de la provincia de Buenos Aires, 2006.

Conformación del Equipo Interdisciplinario en la Justicia Local

En el año 2012, por Resolución Presidencial N° 1379/2012, la presidencia del Consejo de la Magistratura resuelve crear dentro de la Secretaría de Políticas Judiciales la Unidad de Implementación Penal Juvenil, otorgando funciones de política pública y entre las cuales, y respecto del tema que nos interesa, se asigna la función de: “Proyectar e implementar una Oficina Interdisciplinaria que brinde apoyo a los juzgados especializados”.

Dicha Unidad fue la encargada de brindar la capacitación a las dos primeras secretarías en lo penal juvenil. Luego de un proceso de selección resultan desinsaculados los titulares de los Juzgados N° 3 y N° 11 para tramitar causas con jóvenes en infracción a la ley penal juvenil. En el año 2014, por Resolución N° 93/2014 se dispuso que las dos secretarías comenzaran a funcionar. A partir del 1° de octubre de este año se sumó una nueva secretaría, otorgándose competencia en justicia juvenil al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 7.

Por resolución N° 928/2014, la Presidencia del Consejo de la Magistratura resolvió modificar la denominación del área, que pasó a llamarse Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil dependiente de la Secretaría de Apoyo Administrativo y Jurisdiccional. A su vez, se otorgaron más funciones relativas a la especialidad y se estableció que la Oficina cuente con una estructura integrada por el Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo,¹⁵ el cual tiene las siguientes funciones:

- Conocer, valorar y exponer las circunstancias personales, familiares, formativas y socio-ambientales que concurren en la vida del joven.
- Orientar sobre las intervenciones más adecuadas a los intereses y necesidades del menor, con especial relevancia en el momento de la adopción de una medida por parte de los jueces, no vinculantes al término de su decisión.
- Realizar toda otra actividad que le encomiende la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil.

15. Entre las funciones se destaca la que fija “establecer la composición del equipo interdisciplinario a fin de colaborar y asistir en las diferentes etapas del proceso”.

Lo cierto es que a pesar de que el Cuerpo Interdisciplinario y de Apoyo se encontraba creado y también se le habían otorgado funciones, faltaba definir el funcionamiento ante las Secretarías Penales Juveniles. Finalmente en el año 2016, por Resolución de Presidencia N° 1401/2016 se resolvió proceder a la puesta en marcha del Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, cuyas funciones son mencionadas más arriba, agregándose un documento anexo, que establece su reglamento y funcionamiento.

Cabe resaltar que sus funciones se enmarcan en los principios de justicia restaurativa entendiéndola como 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.¹⁶

Registro de organizaciones

La Resolución N° 928/2014 también establece como función de la Oficina: “Crear un registro de Organizaciones a fin de solicitar cooperación en las diferentes medidas alternativas de resolución de conflictos”. Para ello el Cuerpo Interdisciplinario ha dividido la Ciudad de Buenos Aires en comunas y posteriormente realizó la división por barrios. Así es como se encargan de realizar los relevamientos de diversas organizaciones tanto gubernamentales como no gubernamentales. Se mantienen entrevistas personales con los responsables de las áreas en las cuales se les explican los principios que rigen la justicia juvenil y la labor del equipo interdisciplinario y se evalúa la posibilidad de realizar un trabajo conjunto.

Las instituciones relevadas son plasmadas individualmente en un informe que contiene datos formales, descripción de la actividad y observaciones generales. Luego todas ellas integran el registro de organizaciones.

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

Teniendo en cuenta estos ejes, desde el Registro de organizaciones se localizan los espacios que se consideran más pertinentes, entre los cuales se destacan:

- Talleres de reflexión. Una instancia de vinculación directa con el hecho en cuestión que facilita la posibilidad de repensar las prácticas.
- Espacios recreativos, educativos, deportivos o de formación en donde el joven pueda generar lugares de pertenencia, a la vez que promueve una vinculación positiva con el entorno.
- Espacios terapéuticos si se requiere algún tratamiento de salud.

En la actualidad las profesionales que conforman el Equipo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la CABA intervienen a requerimiento de las tres (3) Secretarías Penales Juveniles que funcionan ante los Juzgados Penales, Contravencionales de Faltas N° 3, 7 y 11 del Poder Judicial de la Ciudad y ante la solicitud por parte del Centro de mediación y métodos alternativos de abordaje y solución de conflictos.¹⁷ También intervienen a requerimiento de los integrantes del Ministerio Público Fiscal en los casos en los cuales los Fiscales solicitan el apoyo del equipo interdisciplinario, generalmente en los casos en que los jueces especializados deben resolver alguna vía alternativa de resolución de conflicto.

Saberes que se enlazan y dialogan

El inicio de las disciplinas se puede ubicar en la época moderna. Michel Foucault explica en su Quinta Conferencia¹⁸ que el siglo XIX ha dado surgimiento a instituciones de secuestro tales como la cárcel, el hospital, la escuela cuyo fin fue fijar a los sujetos a un aparato de normalización. Es ahí donde se da lugar al nacimiento de un poder epistemológico que va a portar un saber sobre los individuos que se alojan en

17. Cabe destacar que en el año 2017 se realizó, a instancias del área especializada en Justicia Juvenil del Consejo de la Magistratura, la capacitación de los mediadores a fin de cumplir con los estándares de especialidad y para que puedan trabajar con jóvenes en infracción a la ley penal.

18. Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1995.

dichas instituciones, dando cuenta de la psiquiatría, la psicología y la criminología, entre otras. Este conjunto de saberes han estado al servicio de las instituciones coadyuvando al funcionamiento de las mismas.

Una disciplina en sí implica un recorte de la realidad parcializada. Las disciplinas requieren del cruce, de la intersección, del reconocimiento de las encrucijadas del conocimiento, y de trabajar en los límites de lo que consideran su objeto de estudio. Este entramado resulta necesario ya que por un lado, los problemas que llegan a la justicia se presentan como demandas complejas y difusas que dan lugar a prácticas sociales inervadas de contradicciones e imbricadas con cuerpos conceptuales diversos, y por el otro, se parte de un sujeto actual, producto de una trama compleja que se encuentra atravesada por cuestiones sociales, históricas, políticas que han ido construyendo sus formas de subjetividad.

La interdisciplina surge de las demandas sociales, lo que implica que una sola disciplina, desde lo simple y unívoco, no llegue a explicar un fenómeno en su totalidad, ya que la sumatoria de múltiples miradas lleva a una mirada abarcativa del joven. La interdisciplina nace, para ser exactos, de la incontrolable indisciplina de los problemas que se nos presentan actualmente. Alfredo Carballeda sostiene que la interdisciplina no es ni más ni menos que la confrontación en el diálogo de distintas visiones de mundo traducidas en conocimiento.¹⁹

Ahora bien, la interdisciplinariedad contiene a los intercambios disciplinarios que producen enriquecimientos mutuos y de transformación. El trabajo conjunto entre varias disciplinas invita a superar las limitaciones metodológicas de cada una de las disciplinas invitando a la colaboración de los saberes que la integran. Para ello es condición necesaria que en todo equipo de trabajo haya flexibilidad, cooperación recurrente, reciprocidad en líneas generales. La interdisciplina implica que los diferentes saberes puedan apoyarse en la búsqueda de un hilo conductor, es decir, desarrollar esfuerzos para que todas las disciplinas involucradas participen sustancialmente de un esquema común para aportar coherentemente desde sus especificidades. Por

19. Carballeda, Alfredo, "Interdisciplina como diálogo, una visión desde el campo de la salud. Trabajo social y salud", N° 61, Ministerio de Desarrollo Social, provincia de Buenos Aires, 2008.

su parte, Ana Fernández²⁰ plantea que en muchos casos se perfila la necesidad de establecer criterios transdisciplinarios, donde las teorías y prácticas hegemónicas deben ser abandonadas como tales. Esto implica que se desdibujen los perfiles profesionales más rigidizados que demandan más jerarquías y por ende no se produzcan desigualdades.

El trabajo interdisciplinario en la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil

Tal como señala el reglamento del Cuerpo Interdisciplinario de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, el Equipo interviene a requerimiento de la autoridad judicial competente, en todos y cada uno de los actos procesales contemplados en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires, regulado en la Ley N° 2451. El conocimiento de diversas disciplinas es convocado por la institución judicial para la realización de informes técnicos que implican conocer al joven, su familia y su entorno social.

Es importante como equipo que, previamente a la realización de una entrevista y confección del informe, se implementen códigos de intervención compartidos donde se revisen creencias de los profesionales a fin de ampliar sus conocimientos y recursos para abordar el caso a trabajar, accediendo conjuntamente a un lenguaje en común.

Para la confección del informe se pautará una entrevista con el/la joven, la cual es realizada por dos profesionales, un/a trabajador/a social y un/a psicólogo/a del equipo. Es sustancial que al momento de realizar la misma se diagrame un itinerario vital, es decir, lo que el joven ha ido construyendo con sus elecciones y decisiones, mediadas por las determinaciones familiares y la trama social que lo acompaña a fin de poder dar cuenta tanto de sus necesidades como de sus intereses. Esto implicaría que ningún hecho debe leerse como aislado, sino en su contexto y sentido.

Urie Bronfenbrenner²¹ sostiene que el desarrollo humano es un proceso por el cual la persona en desarrollo adquiere una concepción del ambiente ecológico más amplia. Define al Microsistema como un

20. Velázquez, Susana, *Violencias cotidianas, violencias de género. Escuchar, comprender, ayudar*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2003.

21. Bronfenbrenner, Urie, *La ecología del desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 1979.

patrón de actividades, roles y relaciones interpersonales que la persona en desarrollo experimenta en un entorno determinado, con características físicas y materiales particulares. Es decir, dentro del Microsistema se ubicarían las relaciones más íntimas de estos jóvenes, a saber, su familia y sus amigos, con los que comparte la mayor parte del día.

El Mesosistema comprende las interrelaciones de dos o más entornos en los que la persona en desarrollo participa activamente. Un Mesosistema es un sistema de microsistemas. Se forma o se amplía cuando la persona en desarrollo entra en un nuevo entorno.²² Es aquí donde podemos ubicar a las distintas instituciones que atraviesan a estos jóvenes, a saber, la escuela, la salita del barrio, el club. El Exosistema se refiere a uno o más entornos que no incluyen a la persona en desarrollo como participante activo, pero en los cuales se producen hechos que afectan a lo que ocurre en el entorno que comprende a la persona en desarrollo, o que se ven afectados por lo que ocurre en ese entorno.²³ Aquí, por ejemplo se ubicarían el conjunto de leyes, códigos y estatutos que atraviesan al sujeto.

Por último, el Macrosistema se refiere a las correspondencias, en forma y contenido, de los sistemas de menor orden que existen o podrían existir, al nivel de la subcultura o de la cultura en su totalidad, junto con cualquier sistema de creencias o ideología que sustente estas correspondencias.²⁴ Es decir, desde aquí se puede pensar en las condiciones colectivas que atraviesan a un sujeto inmerso dentro de una sociedad.

Con esto se hace especial hincapié en que es imposible comprender un hecho si no se toma en cuenta la época, el contexto social, cultural y político que sirve como escenario donde, en este caso, se monta la acción delictiva. Así y solo así se podrá pensar en un futuro probable y en una propuesta acorde a su subjetividad.

Pensar la responsabilidad subjetiva implica adentrarnos desde una perspectiva social e individual de forma simultánea. Ser responsable implica que el joven pueda reflexionar sobre sus actos y, por lo tanto, poder responder por ellos. Ahora bien, cuando el joven habla lo hace también el entorno social que lo atraviesa, lo que conlleva a que no

22. *Ibíd.*, p. 43.

23. *Ibíd.*, p. 45.

24. *Ibíd.*, p. 44.

podamos dejar de lado la perspectiva social al momento de evaluar el grado de responsabilidad. Solo si pensamos a los jóvenes como sujetos activos dentro de nuestra comunidad y responsables por sus actos vamos a poder tener resultados efectivos.

Retomando el concepto de “itinerario vital” y pensando al joven como un sujeto histórico, protagonista de su propia vida donde se articulan las elecciones, emociones y construcciones sociales a lo largo de su vida, se abre el espacio para pensar su perspectiva biográfica. Rosana Reguillo Cruz²⁵ hace referencia a la precarización de las biografías juveniles dando cuenta del “descuelgue” existente entre las instituciones y los jóvenes. Por lo cual resulta importante que los profesionales intervinientes delimiten cuáles son las instituciones que han acompañado al joven a lo largo de su vida, con cuál de ellas continúa manteniendo un vínculo y a cuáles ya no concurre y desde allí detectar si hay algún deseo de retomar ese vínculo, si no hay interés o prefiere emprender nuevos caminos.

Esto permitirá recoger información que luego será procesada para ser volcada en el informe psicosocial. El mismo contendrá información acerca de su familia y personas allegadas, también acerca de las condiciones habitacionales, económicas, ocupacionales, educativas y sanitarias. Por último, se arribará a una conclusión donde se volcarán las opiniones técnicas de los profesionales, se expondrán los gustos e intereses del joven como así también aquello que se considere pertinente sugerir para ese caso en particular, por ejemplo, la continuación de sus estudios secundarios, la realización de un tratamiento psicoterapéutico, la realización de un curso relacionado con el delito cometido, la asistencia a un taller de formación profesional, entre otros. También podrían incluir la realización de un programa comunitario donde el joven deberá asistir a una institución a fin de cumplir con una tarea. Es dable resaltar que todas las propuestas sugeridas han sido relevadas por el equipo previamente – el cual forma parte del Registro de Organizaciones mencionado anteriormente– y al momento de realizar los informes los datos son nuevamente corroborados. También se considera importante que las actividades que el joven realice sean llevadas a cabo en su centro de vida a fin de que sirvan como anclaje.

25. Reguillo Cruz, Rosana, *Emergencia de Culturas Juveniles. Estrategias de desencanto*, Colombia, Grupo Editorial Norma, 2007.

Cabe aclarar que más allá del abordaje interdisciplinario también es un abordaje interinstitucional ya que los miembros del equipo, como se dijo anteriormente, deberán tener información precisa y actualizada a fin de derivar al joven al o a los profesionales que consideren necesarios. Con lo cual el trabajo interdisciplinario no se ejercerá solamente dentro del Poder Judicial sino que se extenderá a instituciones externas a fin de afianzar el vínculo del joven con su entorno.

Palabras finales

En el presente artículo se ha hecho referencia a la normativa nacional como a la internacional que manifiestan la necesidad de contar con profesionales no jurídicos, así como la de que todos los profesionales intervinientes en la Justicia Juvenil reciban una capacitación permanente en materia de derechos del niño.

Todas las personas que participan en la Justicia Juvenil deben recibir permanente capacitación respecto de los derechos del niño y en particular, respecto de los estándares internacionales de justicia juvenil, a fin de adecuar a ellos su trabajo diario.

Los Equipos Interdisciplinarios, por un lado, colaboran asesorando al juez o jueza en la toma de decisiones mediante la elaboración de informes respecto de diversas situaciones que resultan relevantes al decidir las medidas que se impondrán a los jóvenes que ingresan al proceso juvenil, sean estas cautelares o definitivas.

Por otro lado, su intervención resulta fundamental para la ejecución de las medidas y el seguimiento de las decisiones que se adopten, tanto respecto de las medidas privativas de la libertad como de las medidas penales en territorio.

Aproximación de la Justicia Penal Juvenil a los valores de la Justicia Restaurativa

Federico R. Moeykens*

Así como la sal y las especias dan sabor a los alimentos que cocinamos, en justicia restaurativa, los principios y valores dan sentido a nuestra práctica. Sin ellos la misma carece de sentido.

Debemos nutrir nuestros procesos de una pizca de humanidad, de empatía y flexibilidad procedimental alejada de la racionalidad jurídica.

Alberto José Olarte Altarejos

Introducción

El proceso penal juvenil, como proceso caracterizado por la “especialidad”, está huérfano de la verdad. El joven imputado de cometer un delito suele esconderla sin asumir la responsabilidad del daño causado por el ilícito. Por su parte, la víctima necesita esa verdad para cerrar las heridas emocionales y vitales generadas por el delito. El juez la busca, como puede, dentro del garantista Estado de derecho. Es así que el proceso penal juvenil genera un intenso sufrimiento a todos los que ingresan en él y poco repara y menos aún, resocializa. En medio de tal realidad, en el contexto argentino, aún con una ley de fondo no adecuada a los estándares internacionales contenidos en el *corpus iuris* de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), a partir del activismo judicial y las reformas de los códigos procesales en las distintas provincias, se han identificado avances parciales en relación a la implementación de procesos alternativos al proceso penal tanto para evitar este último, como para suspenderlo. Tales avances se traducen en diversos modelos de organización y procedimientos penales juveniles (propios de un país federal) en las distintas provincias y en la CABA, en los cuales se prevén medidas alternativas muy variables las unas de las otras; mientras

* Juez de Menores de la IIa Nominación - Poder Judicial de Tucumán.

el principio de oportunidad se encuentra reglado en la mayoría de las provincias que poseen códigos de tipo acusatorio. En este sentido en las distintas jurisdicciones se fueron implementando de una u otra forma nomenclaturas restaurativas que aparecen como muy beneficiosas para justicia juvenil sin que en el hacer muchas veces las mismas redunden en “prácticas restaurativas”. En tal sentido es importante sostener que no debe confundirse lo que se dice con lo que se hace. Con ello me refiero a la necesidad de no quedarnos en las nomenclaturas incorporadas; de no subestimar el peso que tienen las rutinas en el mantenimiento de prácticas que han sido desacreditadas o derogadas, o de valorar el poder simbólico de palabras que esconden realidades que no se corresponden con ellas. Partimos de que algo así podría estar ocurriendo con los principios y valores de la justicia restaurativa y la puesta en práctica de los mismos en la justicia penal juvenil. Y esa es la primera pretensión de este trabajo, la de cuestionarnos *¿hasta qué punto los principios y la filosofía de la justicia restaurativa se materializan en los mecanismos desjudicializadores y el principio de oportunidad recogidos en los distintos regímenes procesales penales de Argentina?* Es cierto que unos cuantos se contentan con hacer referencia a algunas de las prácticas que permiten la desjudicialización como las que ya mencionamos, pero otros las ubican abiertamente dentro de la justicia restaurativa. Aunque pueda parecer contradictoria con la primera, la otra pregunta que nos hacemos es *¿resultan aplicables algunos principios de esa justicia restaurativa en el contexto de la actual justicia penal juvenil?* Así pues, se podría decir que el trabajo pretende analizar, tanto si la justicia penal juvenil argentina realiza los valores de la justicia restaurativa, como si es posible que los realice o no por las especialidades de una y de otra. Al margen de las conclusiones a las que se llegue al final, me gustaría adelantar que el hecho de que una práctica no pueda ser calificada de “restaurativa” no es una forma de desacreditarla, sino más bien un deseo de llamar a las cosas por su nombre.

Los Principios de la Justicia Restaurativa

Para valorar si las intervenciones que propone la legislación argentina responden a los principios de la justicia restaurativa, será preciso perfilar qué entendemos por tal y discutir algunos de sus principios

y valores esenciales. Avanzar hacia una definición de justicia restaurativa no resulta tarea fácil, teniendo en cuenta la discusión doctrinal sobre la misma, la existencia de distintos modelos y la generación de falsos mitos en torno a lo que es y se puede esperar de la justicia restaurativa. Podemos quedarnos con la que propone el Consejo Económico y Social de la ONU que insiste en la cuestión de la participación activa de las partes en el proceso y en la solución del daño causado por el delito, dejando constancia de que son varias las herramientas que permiten su materialización. Define la justicia restaurativa como

... cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, si fuera procedente, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por el delito, participan juntos y activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia.

De esa definición que aúna en mayor o menor medida los distintos modelos de justicia restaurativa,¹ se podrían extraer cinco principios fundamentales que marcan una distancia frente a la solución judicial de los conflictos. Así, en primer lugar se hace referencia a la participación, implicación e inclusión de todos los afectados por el delito para determinar cuál ha sido el daño causado por el mismo y cómo resolverlo. En segundo lugar, es fundamental la reparación del daño causado a la víctima tal y como esta lo entiende (comprensión subjetiva del daño) y de forma significativa para quien delinquirió. En tercer lugar, la justicia restaurativa quiere transmitir la idea de que todo acto tiene una consecuencia, responsabilizando al que cometió el delito por el daño causado a la víctima. En cuarto lugar, frente a una justicia penal que aparta y aleja de su entorno a quien delinquirió, la justicia restaurativa aspira a integrarlo en la comunidad.² Finalmente, en

1. Johnstone, Gerry; Van Ness, Daniel, *Handbook of Restorative Justice*, Portland, Willan Publishing, 2007. Básicamente se hace referencia a tres modelos de justicia restaurativa que consideran a elementos distintos como imprescindibles. Así, el modelo del encuentro considera fundamental el encuentro y diálogo entre las partes. El modelo reparador asume como esencial el acto de reparación del daño al margen de la vía por la que se llegue a esa reparación. Al tiempo que el modelo transformador aspira a un cambio en las relaciones sociales mediante la justicia restaurativa.

2. Lynch, Nessa, "Restorative justice through a children's rights lens", en *International journal of children's rights*, 18, 2010, pp. 169-170. Resulta muy interesante la distancia que

quinto lugar la justicia restaurativa pretende fortalecer la comunidad y los lazos comunitarios para lograr la paz social, prevenir la reincidencia y la comisión de otros delitos.³

Atendiendo a la flexibilidad que exige el desarrollo de la justicia restaurativa, las instituciones internacionales hacen hincapié en el respeto de una serie de valores, que dejen discrecionalidad a los estados para que los adapten a su praxis y estructuras institucionales. Entre esos valores (que nos permitirán analizar si las prácticas son realmente restaurativas) están:

- a) primacía de quienes se consideran principales implicados en el delito mediante su inclusión en el proceso de toma de decisiones sobre cómo gestionar el conflicto y sus consecuencias;
- b) aceptación de los resultados asumidos por todos los participantes como apropiados;
- c) reconocimiento de una responsabilidad tanto individual como colectiva en el delito y en sus causas;
- d) incremento de la comprensión por parte de todos de las causas/razones del delito y el impacto que el mismo tiene en los demás;
- e) respeto de todas las partes implicadas evitando en todo caso el avergonzamiento y la estigmatización;⁴

plantea entre la pretensión de rehabilitación y la más actual de reinserción. La rehabilitación, asegura, supuso en la década de los años 70 principalmente considerar que el individuo es el único responsable de sus actos y por ello debe ser removido de su entorno y una vez tratado y recuperado podrá volver al mismo. Por contra, la reinserción asume que en la comisión de un delito intervienen tanto factores individuales como sociales y por ello, como primera tarea, se asume que es preciso integrar al individuo en su comunidad.

3. McAlinden, Anne-Marie, “‘Transforming justice’: challenges for restorative justice in an era of punishment-based corrections”, en *Journal Contemporary Justice Review*, vol. 14, 2011, pp. 383-406. Señala que la prevención de la reincidencia es lo que mide el éxito de cualquier medida en el contexto de la justicia de menores (y también de adultos). Así, se puede leer cada uno de los principios de la justicia restaurativa como un elemento que tiende a evitar la reincidencia, aunque esta no sea su pretensión primera, ni su única justificación.

4. Choi, Jung Jing; Green, Diane L.; Gilbert, Michael L., “Putting a human face on Crimes: a qualitative study on restorative justice processes for youths”, en *Child and Adolescent Social Work Journal*, 2011, pp. 349-350. Reconocen que solo aquellos menores que empatizaron y comprendieron el impacto de su delito en la víctima fueron capaces de sentir remordimiento. Algo importante si aceptamos con los autores que el remordimiento por parte del menor evita la victimización secundaria que se produce en la víctima cuando esta percibe que los menores justifican, excusan o minimizan

- f) reintegración del adolescente infractor en su comunidad;
- g) curación de las heridas de la víctima y reparación del daño causado.

Los principios de la Justicia Restaurativa en la justicia penal juvenil

Desde el vamos podríamos sostener que todos los principios y valores de la justicia restaurativa son aplicables a la justicia juvenil. Sobre todo si tenemos en cuenta que esos principios restaurativos se aproximan a los propios de una “justicia *friendly*” para los/as niños/as y adolescentes.⁵ Sin embargo surgen dudas cuando pensamos en la posibilidad de integrar la justicia restaurativa en la jurisdicción penal juvenil. A primera vista se trata de dos formas de entender la justicia que parecen estar en sintonía. No es casual que la primera experiencia de justicia restaurativa en Ontario (Canadá) se realizara en el contexto de la justicia juvenil, o que haya sido en ese entorno donde se ha aplicado con menores objeciones. Entre las razones de mejor acogida de la justicia restaurativa en esta justicia especializada, cuentan los principios inspiradores de aquella (*responsabilización, reparación del daño, integración del delincuente, implicación de la comunidad, etc.*) van en línea con los que deberían iluminar la justicia penal juvenil. Es decir, los principios restaurativos tienen pleno sentido y una mejor receptividad en una jurisdicción que todavía se apoya en la prevención especial positiva y cree que la reinserción social del adolescente en conflicto con la ley es posible, que aspira a su responsabilización (dejando

sus acciones violentas. Al tiempo que la empatía con la víctima también favorece la compasión y la realización de las elecciones correctas.

5. Council of Europe, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 y memorando explicativo.

El Consejo de Europa se refiere a la *Child friendly justice* como “aquella que garantiza el respeto y la efectiva aplicación de los derechos de todos los niños al más alto nivel posible [...] teniendo debidamente en cuenta la madurez del niño y atendiendo a las circunstancias del caso. Es, sobre todo, una justicia accesible, apropiada a su edad, rápida, diligente, adaptada y dirigida a las necesidades y los derechos del niño, que respeta los derechos del niño, incluidos los derechos al debido proceso, a participar y comprender el procedimiento, a que se respete su vida privada y familiar y a la integridad y la dignidad”.

un poco de lado la idea de resocialización) por el delito o falta cometidos,⁶ que tiende a implicar a los padres en la ejecución de la medida judicial porque los considera responsables de la educación y cuidado del niño; entiende que también es preciso atender a la víctima y tener en cuenta sus necesidades e intereses (en ocasiones es un menor de edad cuyo interés superior es preciso proteger), que implica a todos los que trabajan con el adolescente en su educación y responsabilización, y que aspira a promover una justicia global que tenga en cuenta todos los intereses en juego. En todo caso, se destacan especialmente los efectos educativos y responsabilizadores que tiene el encuentro para el niño infractor que comete el delito, así como los efectos terapéuticos que tiene para la víctima del mismo el hecho de ser escuchada. En general, las víctimas comprenden mejor las razones del delito (sin necesidad de justificarlo), con la ayuda de un facilitador se ven más capaces de encontrarse con quien las agredió y verlo como persona, reciben una reparación del daño tanto económica como simbólica, están más satisfechas con los resultados que habrán sido discutidos por todas las partes, valoran más favorablemente la experiencia de una justicia que les da la palabra y las escucha. Para quien ha cometido el delito también tiene efectos positivos ya que comprende mejor las consecuencias de sus actos cuando escucha y empatiza con la víctima, se siente más responsable cuando repara el daño de una manera significativa y relacionada con el delito, cuando se le escucha en el asunto comprende mejor y es más colaborativo, se comprometerá más fácilmente con las medidas acordadas y se sentirá más conforme con los acuerdos discutidos porque entiende sus razones. Aparte de generar efectos positivos para las partes implicadas en el delito, los entusiastas de la justicia restaurativa aseguran que la misma ofrece buenas razones para que las apoye cualquiera de las tendencias penales actuales que se imponen en justicia penal juvenil. Entre los argumentos de esos entusiastas cuentan que limita el castigo y minimiza el internamiento; que promueve la responsabilización del adolescente y la inclusión de las familias

6. Francés Lecumberri, Paz, “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, en *InDret*, N° 4, 2012, p. 42. La autora insiste en este aspecto y destaca que ofrecer al adolescente la posibilidad de responsabilizarse de sus actos y poder realizar un esfuerzo en la reconstrucción de lo realizado tiene un gran valor pedagógico que encaja a la perfección con los objetivos del proceso penal de menores. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/921.pdf> [fecha de consulta: 11/04/2014].

y las comunidades en el proceso de reparación del daño; que convence a las víctimas hablando del papel central que las mismas tienen en el proceso poniendo especial atención en sus intereses; que se antepone la idea de que es una justicia más económica que la justicia convencional lo cual cobra más relevancia en un momento de crisis económica que vivimos; que limita el papel del Estado para promover un papel más activo de los individuos; y finalmente, que comparte algunos elementos con los valores cristianos que centran la justicia penal en el perdón y la reconciliación más que en el castigo. Ahora bien, no podemos pecar de ingenuidad y debemos tener en cuenta cuanto señala McAlinden⁷ sobre la tendencia de las justicias penales juveniles actuales a integrar cuestiones que tienen más que ver con un planteamiento retributivo que con esos valores que sustentan la justicia restaurativa. Así, apunta la autora que hoy en día la justicia penal juvenil se suma a las tendencias punitivas que se imponen en la política penal y criminal, limita sus aspiraciones educativas para compensarlas con la tendencia a incrementar la dureza y duración del castigo, potenciar el control del delito, alentando la exclusión social, sobre todo en casos de menores que cometen delitos graves o muy graves y con violencia. A la vista de esa tendencia, podríamos pensar que las soluciones alternativas de conflictos se pueden utilizar como otra pieza más de los mecanismos de control del delito, adecuadas para tratar con delitos poco graves o faltas que, aplicando el principio de oportunidad y de intervención mínima, quedarían fuera de la actuación de la justicia. Para romper con ese posible camuflaje punitivo de las soluciones extrajudiciales y asentar los valores de la justicia restaurativa en la justicia juvenil, la autora citada propone ampliar las soluciones extrajudiciales a los delitos más graves, o aceptar que la reducción y gestión del riesgo no debe pasar necesariamente por un castigo mayor y más intenso.

Contexto normativo de la Justicia Restaurativa en Argentina

Aun cuando el Régimen Penal de la Minoridad instituido por el Decreto-Ley N° 22278 es la norma de fondo vigente en la Argentina para administrar judicialmente los hechos delictivos cometidos por

7. McAlinden, Anne-Marie, *op. cit.*, pp. 387-388.

niños/as y adolescentes, en los últimos veinticinco años ha habido una producción legislativa y jurisprudencial que procuró limitar los aspectos más abusivos y violatorios de derechos y garantías. El impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales (o *soft law*),⁸ de las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, así como de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el activismo de las Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre Argentina del año 2010, de agentes judiciales, de profesionales y de organismos de derechos humanos, han incidido en la implementación de medidas alternativas al juicio (*criterios de oportunidad, remisión, mediación, conciliación, etc.*) y a la privación de libertad. A nivel nacional, la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley N° 26061) tuvo un impacto especial. Si bien no regula la cuestión de los adolescentes infractores, establece una serie de garantías para los/as niños/as que se encuentren bajo proceso judicial (derecho a ser oídos y a que su opinión sea primordialmente tenida en cuenta). Además, al derogar la Ley N° 10903, y en consecuencia la facultad de tutela estatal, ha incidido en el régimen penal juvenil, fundamentalmente en lo relativo a los adolescentes no punibles, puesto que se ha entendido que el juez penal no dispone ya de la atribución de “disponerlos tutelarmente”. Asimismo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conocido como Fallo Maldonado (CSJN, 2005) ha sentado un precedente paradigmático respecto de la especialidad. El Régimen Penal de la Minoridad, a pesar de su vigencia, es objeto de múltiples objeciones. Una de las principales, con varias consecuencias, es la gran discrecionalidad que la ley otorga a los jueces. No obstante, dado que esta ley coexiste con un plexo normativo y un sistema de principios jurídicos que prevén y definen garantías y derechos (las normativas provinciales, los tratados internacionales de jerarquía constitucional

8. Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores de las Naciones Unidas (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución N° 40/33, del 29/11/1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea en su Resolución N° 45/112, del 14/12/1990; las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea en su Resolución N° 45/113, del 14/12/1990; y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal, anexas a la Resolución N° 1997/30, del 21/07/1997.

y el *soft law*) la lesividad de la Ley N° 22278 puede ser, y de hecho, ha sido, gradualmente limitada. Si bien parece haber consenso en la necesidad de producir un sistema de responsabilidad penal juvenil que limite esa discrecionalidad, algunos de los proyectos en debate que argumentan en ese sentido acarrearán propuestas aún más persecutorias. En tal sentido, los proyectos de ley que proponen bajar la edad de punibilidad, contrariamente a lo que exigen los tratados internacionales de derechos humanos, extienden el sistema penal para menores de edad, y parecen guiarse por una idea formalista y abstracta respecto del funcionamiento del dicho sistema. En contraste con ello, con excepción de la justicia federal, cada provincia sumada a la CABA, con su propia particularidad, implementó medidas alternativas al proceso penal de tipo restaurativo. En la mayoría de las jurisdicciones está prevista la suspensión del juicio a prueba (Código Penal de la Nación y también en la mayoría de las jurisdicciones), mientras que el principio de oportunidad se encuentra reglado en la mayoría de las provincias que poseen códigos de tipo acusatorio (CABA, Buenos Aires, Mendoza, Neuquén, Río Negro y Entre Ríos). En efecto, en muchos casos los Códigos Procesales Penales provinciales contienen institutos procesales que serían muy beneficiosos para ampliar las posibilidades de la justicia restaurativa en lo penal juvenil. La mediación y la conciliación están previstas en pocas provincias (Tucumán, Chubut, Mendoza, Neuquén y Salta) y también de modo variado.

A pesar de lo auspicioso del mapa normativo de fondo y forma antes expuesto, podemos afirmar que el fantasma del modelo tutelar y la filosofía paternalista sigue sobrevolando sobre la justicia penal juvenil derivándose de ello que el adolescente es irresponsable desde un punto de vista penal hasta los 16 años (edad en que se convierte en mayor de edad penal con todas sus consecuencias). Su irresponsabilidad radica en la consideración de que, por un lado, no tiene la madurez suficiente para comprender completamente el delito o las consecuencias del castigo; y por otro lado, que son las circunstancias sociales y personales del adolescente las que están detrás y de alguna forma explican el delito cometido. En esa línea se asume que el niño, en cuanto irresponsable, es un “objeto” sobre el que se deben tomar medidas por su bien y para su protección. Ya encontramos aquí un primer elemento contrario a una filosofía restaurativa que reclama la responsabilización por los delitos cometidos,

imposible cuando se comprende al joven como víctima de sus circunstancias individuales y sociales, se asume que son estas las responsables del delito, o cuando se parte de la idea de que las instituciones deben decidir por los/as niños/as y adolescentes en su nombre, por su bien, sin darles voz ni voto en asuntos que son de su incumbencia. Además, si el adolescente es irresponsable desde un punto de vista penal, solo cabrá la imposición de medidas educativas y terapéuticas que incidan sobre estas circunstancias para que, y hasta que, desaparezcan en tanto causa del delito. Asimismo, aleja la filosofía restaurativa el hecho de que en el centro de atención estén las circunstancias del adolescente y que sea marginal la consideración del delito y el daño cometido por el mismo. Recordemos que la justicia restaurativa, sin dejar totalmente de lado los intereses del adolescente que delinque, coloca en su punto de mira al delito y a la víctima del mismo, sus necesidades y la exigencia de reparar el daño. Aparte de ello, la cultura de los derechos y la protección de las garantías procesales es menospreciada por el modelo tutelar en cuanto supone cuestionar la buena fe y las mejores intenciones de quienes trabajan con los menores de edad. En esa línea algunos autores⁹ sintetizan las cuatro principales críticas que se han volcado sobre el modelo tutelar y que contradicen los principios de la justicia restaurativa. Así, le imputan:

- a) que no es tan efectivo como pretende a la hora de lograr la rehabilitación de quien delinque;
- b) que el hecho de centrarse en las circunstancias del adolescente infractor dejando de lado su responsabilidad por el delito cometido compromete la protección de sus derechos, alienta respuestas que pueden ser poco proporcionadas y fomenta la inseguridad jurídica (porque un mismo delito tiene distintas respuestas);
- c) que las medidas rehabilitadoras impuestas desde una perspectiva tutelar pueden resultar inadecuadas, en tanto demasiado suaves, para responder a la delincuencia grave;
- d) que se desprecian los intereses y necesidades de las víctimas para centrarse única y exclusivamente en el menor que ha cometido el delito.

9. Put, Johan; Vanfraechem, Inge; Walgrave, Lode, "Restorative dimensions in belgian youth justice", en *Youth Justice*, N° 12, 2012, pp. 83-100.

Desde otro punto de vista, hay que advertir que los métodos alternativos al proceso penal incorporados en cada jurisdicción pueden contribuir tanto a realizar y desarrollar la justicia restaurativa, como también, a desvirtuarla cuando pierde de vista sus principios básicos y los convierte en herramientas para realizar otros fines de la justicia juvenil. De hecho, se podría pervertir el sentido de la justicia restaurativa cuando, por ejemplo, se acude a la conciliación para fomentar una justicia más rápida (cuando se realiza adecuadamente puede exigir mucho tiempo), más barata (cuando, en realidad, su desarrollo exige el despliegue de una gran cantidad de medios personales), o una justicia suave (únicamente indicada para delitos leves, cometidos sin violencia o intimidación). Aunque asumimos que la práctica puede distar de las pretensiones legales y que las etiquetas no definen los contenidos, podemos anticipar como conclusión que la legislación argentina está más relacionada con la realización del principio de oportunidad, de intervención mínima o de desjudicialización que con la concreción de los valores de una justicia restaurativa que apuesta por una forma distinta de entender el delito y de hacer justicia. Así, cuando analizamos los momentos procesales en que es posible acudir a las soluciones extrajudiciales, vemos que la legislación las ubica en la fase de instrucción, como un mecanismo desjudicializador que evite el proceso judicial y, en su caso, permita el sobreseimiento del caso por conciliación o mediación, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, o realización de tareas educativas. Eso sí, siempre que se trate de un delito poco grave o falta cometido sin violencia o intimidación. Asimismo, el análisis de los supuestos que, según la legislación, pueden resolverse de forma extrajudicial nos permitirá saber si se aspira a realizar los valores de la justicia restaurativa más radical que la hace depender exclusivamente de las circunstancias del caso y de la voluntad de las partes implicadas, o si pretende realizar otros fines cuando se limitan las opciones extrajudiciales a determinados tipos de delitos. En ese sentido, los defensores de la justicia restaurativa consideran que, al margen de lo que se pueda pensar y de lo que efectivamente se proponga, esta desarrolla su potencial en delitos graves porque es en ellos donde el daño de todo tipo es mayor y la víctima tiene una mayor necesidad de curar heridas, de que se le repare el daño y de dar vuelta la página. Además, se asegura que cuando el proceso de justicia

restaurativa se desarrolla correctamente es costoso en tiempo y en recursos humanos y materiales. Por ello, visto así, no merecería la pena esa inversión de tiempo y de dinero para la pequeña delincuencia. Así vemos que la práctica de los métodos alternativos al proceso penal es la que realmente permitirá calificarlos o no de “restaurativos”.

Algunas cuestiones pendientes para la aplicación de los principios de Justicia Restaurativa en la jurisdicción penal juvenil

De lo hasta aquí expuesto, consideramos que en principio son dos los temas que merecen atención a la hora de analizar las posibilidades que tiene la justicia restaurativa en el proceso penal juvenil: a) la cuestión de la incorporación de las víctimas a una jurisdicción tradicionalmente centrada en la protección del adolescente infractor; b) la protección de los derechos en el contexto de una justicia informal, caracterizada por la flexibilidad y el logro de objetivos. Analicemos tales cuestiones.

- a) *El interés del adolescente infractor y la centralidad de las víctimas:* Cómo incorporar el interés de las víctimas a una jurisdicción que asume el interés del niño/a o adolescente como central, quizás sea uno de los mayores escollos que encuentra la justicia restaurativa. Tradicionalmente se ha entendido que la justicia penal juvenil debe resolver los problemas de quien delinque y la propia Convención exige responder principalmente a su interés superior,¹⁰ mientras que la justicia restaurativa coloca entre sus pretensiones principales la respuesta a las necesidades de la víctima y la reparación del daño causado a la misma. Son dos formas de entender la justicia que miran hacia distintos sujetos y pretenden diferentes objetivos. Esa atención primordial de la justicia juvenil hacia quien comete un delito era premeditada con el modelo tutelar porque entendía que el delito era una señal del adolescente pidiendo ayuda.

10. El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 14 (párrafo IV A 3) indica que “la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restaurativa cuando se trate de menores delincuentes”.

Y lo sigue siendo con los nuevos modelos garantistas porque se considera que la respuesta que se dé desde las instituciones judiciales debe servir principalmente para responsabilizar al menor por el delito que ha cometido. En esa línea, las distintas Observaciones del Comité de los Derechos del Niño entienden que es preciso crear una jurisdicción especializada para dar una respuesta adecuada y educativa al menor que delinque.¹¹ Lo cierto es que en la práctica, la mayoría de los jueces del fuero penal juvenil son reticentes a cambiar el foco de atención o, más bien, a ampliarlo hacia aquellos que han sufrido las consecuencias de los delitos cometidos por adolescentes. Quizás porque siguen sin tener la formación o la vocación suficientes para intervenir con las víctimas de esos delitos, sean menores o mayores de edad. También se advierte en muchos casos la sensación de las víctimas sobre la incapacidad de la justicia juvenil para satisfacer sus necesidades de trato digno y respetuoso. Quizás, la forma de neutralizar esas reticencias sea que los jueces conozcan las principales necesidades y exigencias de las víctimas de cara a que puedan darles salida y que amplíen su visión sobre ellas que, a veces, siguen siendo calificadas de forma generalizada e injusta como de vengativas. Es más, si la práctica sigue considerando que el interés central de la justicia juvenil es el adolescente que ha cometido un delito, puede ocurrir que en la aplicación de métodos alternativos de conflictos se utilice a la víctima en ese proceso de responsabilización del adolescente en beneficio de la propia justicia penal juvenil, porque en ella se entiende que el enfrentamiento del menor de edad con la víctima y la conciencia por parte del primero del sufrimiento y el daño experimentados por la segunda tienen un enorme potencial educativo y responsabilizador. Por ello se considera especialmente interesante el encuentro con la víctima del delito, o con una víctima subrogada que le cuente al adolescente sus experiencias en delitos similares o que al menos sepa transmitirle los mensajes de la víctima. En este sentido,

11. Observación del Comité de los Derechos del Niño N° 9 (2007): “Los derechos del niño en la justicia de menores”; observación N° 12 (2009): “El derecho del niño a ser escuchado”, y observación N° 14 (2013): “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

la justicia juvenil debe aspirar a ser una justicia más global que tenga en cuenta otros intereses en juego. El interés superior del niño, que va a seguir primando, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor de edad es no solo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece el sistema de garantías penales. Ese es el sentido de las pretensiones del Comité de los Derechos del Niño cuando asegura que el interés superior del menor debe tener una atención de primer orden entre otras consideraciones, pero que no puede tener una prioridad absoluta y no excluye que se puedan tener en cuenta los intereses de otras personas.¹²

- b) *La protección de los derechos en el entorno de la justicia restaurativa:* Otra de las cuestiones controvertidas cuando se discute sobre los límites de la justicia restaurativa tiene que ver con el respeto incondicional de los derechos fundamentales y las garantías procesales. Se cuestiona la necesidad de respetar unos y otras cuando estamos ante una forma distinta de hacer justicia más informal y flexible, que se mueve en los límites del proceso judicial. Los promotores de esas ideas no ven que sus pretensiones en apariencia más sublimes se pueden estar consiguiendo con medidas abusivas, desproporcionadas, contrarias a un concepto básico de justicia que se construye necesariamente sobre el trato digno y respetuoso de los derechos y garantías. Hoy en día, el respeto de derechos y garantías es una condición *sine qua non* para seguir hablando de legitimidad y de trato digno. Por ejemplo, el carácter “informal” de la mediación penal no exige del mantenimiento de las garantías exigidas en el proceso penal juvenil, en tanto estas figuras despliegan efectos respecto de la declaración de la responsabilidad penal del menor de edad. En relación a este tema el Comité sobre los Derechos del Niño destacó en su Observación N° 10 que cualquier proceso al margen del proceso judicial formal debería respetar los derechos humanos y las garantías legales (parágrafo 26) porque

12. Observación N° 12, parágrafo 71.

“¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?” (parágrafo 13). En ese debate sobre por qué y cómo se respetan los derechos en el contexto de una justicia restaurativa nos centraremos en algunos aspectos. Especialmente nos gustaría llamar la atención sobre el necesario respeto de la i) libertad de las partes para participar o no en los procesos de justicia restaurativa, en la forma de materializar ese ii) derecho fundamental del niño a ser oído, o iii) la importancia del derecho del niño a contar con el apoyo de sus padres.

i) *Sobre la libertad de las partes para participar o no*: Es sabido que la libertad de las partes implicadas en el delito a la hora de participar o no en estos procesos de justicia restaurativa, o de abandonarlos en cualquier momento, así como de aceptar o no los acuerdos, es uno de los elementos *sine qua non* para calificar una práctica de restaurativa. Y no solo por una cuestión de principios, sino por sus consecuencias en la práctica. Dejando aparte la cuestión de la motivación del adolescente para participar en un proceso de justicia restaurativa, es esencial asegurarse de que el consentimiento se otorgue de forma libre y consciente por ambas partes. El propio Comité de los Derechos del niño explicita que el término “obligado” debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el temor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirle a confesar lo que no es cierto (parágrafo 57). Ahora bien, la posibilidad real de un consentimiento voluntario y libre en un contexto coactivo como lo es el penal resulta cuanto menos incierto por razones tales como el tipo de población con que se interviene (inmadura e influenciable), porque se trata de una institución que tiende a decidir sobre lo que resulta más favorable para el adolescente, o porque el facilitador juega un rol esencial en la orientación de la discusión y puede ejercer una cierta presión para que se acepte el acuerdo. Lo cierto es que resulta innegable que el adolescente que ha cometido un delito se encuentra

en una situación muy precaria, de inferioridad respecto a los adultos que deciden por él y que su capacidad para negociar y consentir o disentir es mínima. Por ello será preciso prestar una especial atención a esta cuestión.

ii) Sobre el derecho del niño a ser oído: En relación con la voluntariedad se encuentra el derecho del niño a ser oído antes de que las instituciones tomen una decisión que le incumba. Es uno de los derechos esenciales en la materialización del niño como sujeto de derecho en desarrollo, que nos muestra que el mismo existe para el Derecho. Además, la realización efectiva del derecho del niño a ser oído va en la línea de la justicia restaurativa, que considera esencial, para lograr la responsabilización del menor que ha cometido un delito, su participación en la discusión sobre el mismo, la solución del conflicto y la reparación del daño causado. De manera que resulta fundamental no solo su presencia en ese acto en que se acuerda la conciliación, sino su participación activa y efectiva en todo el proceso. En este sentido resulta importante resaltar que para dotar de sentido ese derecho a ser oído será preciso también acompañarlo de una información adecuada. En el marco de la justicia restaurativa es importante explicar de forma comprensible para su edad las implicaciones de las decisiones que va a tomar. Si no se tienen en cuenta estas precauciones, la materialización del derecho del niño a ser oído puede acabar convirtiéndose en un teatro que alienta en el menor una sensación de ilegitimidad de las instituciones judiciales y de sus decisiones.¹³

iii) El apoyo y la participación de los referentes parentales: Desde otra perspectiva que tiene que ver con la realización de los principios de justicia restaurativa, los expertos se refieren constantemente a la implicación de la comunidad y la presencia de las personas de apoyo que pueden sostener al adolescente y a la víctima durante y después de los encuentros, quienes discuten junto con ellos las mejores medidas para responsabilizarlos por el daño cometido y repararlo efectivamente. En principio parece haber

13. Bernuz Beneitez, María José, “La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social”, en *InDret*, N° 1, 2012, p. 12.

acuerdo en que cuando hablamos de niños/as o adolescentes, estos deberán ir acompañados de sus referentes parentales. Sin embargo, la práctica en países con mayor tradición apunta que por ejemplo los padres no siempre son el apoyo ideal para sus hijos. Su implicación emocional con el adolescente les impide tomar distancia respecto del delito y los mensajes moralizantes que surgen en los procesos de justicia restaurativa se vuelven indirectamente contra ellos. Ello fomenta que los padres reaccionen sintiéndose avergonzados y sean ellos mismos los que planteen discursos de perdón, neutralización, dominación o castigo. Algo que no va a suponer una ayuda en esa tarea de responsabilización de sus hijos. Es cierto que, de un lado, en raras ocasiones se informa a los padres de que pueden estar presentes otras personas próximas al adolescente aunque no tan implicadas emocionalmente con él. De otro lado, la voluntariedad en la participación de un proceso de justicia restaurativa no es muy evidente cuando se trata de los padres o tutores.

A modo de conclusión

Como primera conclusión podríamos sostener que los valores de la justicia restaurativa encuadran cómodamente en una justicia *friendly* para los adolescentes, siempre que partamos del concepto del niño como sujeto de derecho en desarrollo y responsable de los delitos cometidos, que tiene algo que decir sobre los mismos y sus consecuencias. Ambas comparten algunos principios: responsabilización por el delito cometido, inserción social del adolescente, importancia de la comunidad en la tarea resocializadora y responsabilizadora o logro de la pacificación social.

Pero, en todo caso, es preciso tener en cuenta que esa misma plasticidad de la justicia restaurativa puede hacer que se la utilice con otros fines que terminen por desvirtuarla reduciéndola a ser una forma de hacer justicia más barata, más rápida y residual para los delitos poco graves o faltas que de otro modo podrían quedar sin respuesta institucional.

Otra de las grandes cuestiones en esa integración de la justicia restaurativa en la justicia penal juvenil tiene que ver con el respeto de los

derechos y garantías procesales en el marco de una justicia que se define por su flexibilidad y por moverse en los márgenes del proceso judicial. Junto a esa idea es preciso recordar que otro de los pilares de la justicia restaurativa es el trato digno y respetuoso de los implicados en el delito y lo cierto es que hoy en día no podemos comprender la dignidad al margen del respeto de derechos fundamentales y garantías procesales. Al tiempo que el respeto de los derechos de las partes implicadas es el primer paso para exigir respeto y responsabilidad. Son especialmente importantes el derecho del niño a ser oído—que hace que el menor participe en los procesos, los comprenda y acepte las instituciones judiciales y sus decisiones como más justas— y la voluntariedad para participar en este tipo de soluciones extrajudiciales, porque no es posible una conciliación forzada o es contraproducente una reparación no deseada. Asimismo es preciso subrayar que la justicia penal juvenil y la justicia restaurativa comparten una misma forma de entender la justicia. De entrada, la justicia restaurativa responde a una manera de entender la justicia que se aproxima a la que debe orientar la justicia de menores; esto es, una justicia material, más equitativa, que tenga en cuenta las circunstancias del caso y las necesidades de las partes sin dejar de lado la proporcionalidad con el delito cometido. Además, ambas aspiran a ser justicias sistémicas, globales, que respondan a todos los intereses en juego. En ese sentido, al margen de que la justicia juvenil sigue siendo una justicia centrada fundamentalmente en el adolescente que delinque y que la justicia restaurativa aspira esencialmente a reparar el daño causado a la víctima, ambas comparten una perspectiva más integral de la justicia. Finalmente hay que decir que se trata, en ambos casos, de justicias difícilmente estandarizables porque en su propia definición está la flexibilidad. Ante esa dificultad para estandarizar prácticas restaurativas, los operadores del sistema penal juvenil podríamos comenzar proponiendo algunas buenas prácticas muy básicas que recojan los valores esenciales de la justicia restaurativa. Son buenas prácticas que tienen que ver, en definitiva, con algo tan básico como debería serlo el respeto, la dignidad de las personas y la capacidad de escucha de los demás. Algo que debe estar en la base de cualquier justicia que apueste por la construcción de ciudadanos.

Justicia juvenil, justicia interdisciplinaria. El aporte de la mediación y los métodos participativos de resolución de conflictos

Raquel V. Munt*

Hoy en día, los y las jóvenes conforman uno de los sectores más vulnerados de nuestra sociedad. El informe elaborado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ) plantea que los jóvenes de Iberoamérica cuentan hoy con más capacidades, pero menos posibilidades de materializarlas. Actualmente, cerca de 186 millones de personas integran el universo de los “jóvenes” (entre los 10 y 29 años de edad) en América Latina, El Caribe, España y Portugal, lo que representa alrededor del 37% de la población total de esta región. Este grupo aún recibe por parte del resto de la sociedad una valoración que lo estigmatiza como disruptivo, inconsecuente o riesgoso.¹

La asociación entre juventud y violencia es uno de los estigmas que más pesa entre los jóvenes al punto que estos dos conceptos suelen identificarse como una sola categoría.² Sin embargo, como plantea Mary Beloff, resulta necesario tener en cuenta que “... ni el delito juvenil es la causa del aumento de la violencia criminal en la sociedad, ni la incidencia de los delitos graves cometidos por menores de dieciséis años es estadísticamente significativa...”³

* Abogada, mediadora prejudicial y comunitaria. Actualmente ejerce el cargo de Directora Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina.

1. CEPAL, “La juventud en Iberoamérica. Tendencias y urgencias”, resumen elaborado para la XII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Juventud, celebrada del 4 al 5 de noviembre de 2004, en Guadalajara, México, 2004, p. 1.

2. Kessler, Gabriel, “Escuela y delito juvenil. La experiencia educativa de jóvenes en conflicto con la ley”, en *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 12, N° 32, Distrito Federal, México, Consejo Mexicano de Investigación Educativa, A.C., 2007, pp. 283-303.

3. Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la Justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 36.

La falta de políticas públicas que reconozcan la violencia como un fenómeno social y estructural, y no como un factor inherente a la juventud, atendiendo al fenómeno de la violencia juvenil desde perspectivas incluyentes, comprensivas y tolerantes ha contribuido a la construcción de estigmas sociales donde la delincuencia y el crimen son vistos como rasgos característicos de los jóvenes.⁴

En Latinoamérica, esta situación toma tintes particulares dado que, más allá de la normativa internacional y nacional en materia de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes, los cambios sociales, culturales y económicos acaecidos en la región durante las últimas décadas han conducido al incremento de la violencia social afectando fuertemente a los grupos juveniles.

Para millones de jóvenes en los países de América Latina que residen en espacios urbanos, como también en espacios rurales indígenas, la vida cotidiana se caracteriza por una sistemática dificultad para el acceso a la justicia, a la educación, a un empleo formal, a servicios de salud, diversión, entre otros aspectos. Dichas condiciones restringen sus posibilidades para acceder a una mejor calidad de vida y, por lo tanto, aspirar a una verdadera movilidad socioeconómica. Este contexto de vulnerabilidad termina por involucrar a muchos jóvenes en hechos de violencia, siendo una clara muestra del deterioro del capital social, lo que produce un impacto negativo en la calidad de vida de las juventudes.

Esta situación se recrudece aún más cuando los/las jóvenes entran en conflicto con la ley, ya que suelen encontrarse con un sistema de justicia centrado en la punición con poca capacidad y carencia de recursos especializados para trabajar la responsabilización desde la diferenciación entre la conducta y la persona. Todo ello –sumado a la falta de instituciones que trabajen brindando respuestas pedagógicas articuladas– conduce al cercenamiento de oportunidades, a la estigmatización e, incluso, a la aceleración de posibles carreras delictivas.

El escenario de complejidad en el que crecen y viven los jóvenes latinoamericanos me conduce a pensar que, para lograr un accionar preventivo y potenciar acciones integradoras que apunten a construir cohesión social, se requiere salir del mundo de la unidisciplinariedad

4. Callejas Fonseca, Leopoldo; Piña Mendoza, Cupatitzio, "La estigmatización social como factor fundamental de la discriminación juvenil", en Revista *El Cotidiano*, N° 134, Unidad Azcapotzalco Distrito Federal, Universidad Autónoma Metropolitana, 2005, pp. 64-70.

incorporando una mirada multidimensional que aborde y contenga a los niños, niñas y adolescentes (NNyA) desde las múltiples dimensiones que hacen al desarrollo de su vida. Por regla general, el monopolio de la unidisciplina suele entender al NNyA desde una mirada acotada: un ser social, biológico o histórico; en definitiva, un ser fragmentado.

Si bien en el ámbito de la justicia juvenil la interdisciplina goza de legitimidad, en el día a día suelen emerger tensiones que se asientan, fundamentalmente, en la relación entre el orden eminentemente jerárquico de lo judicial y la horizontalidad como requisito necesario para la interdisciplina. Es necesario, entonces, desarrollar esfuerzos para lograr que todas las disciplinas involucradas participen substancialmente de un esquema común para aportar coherentemente desde sus especificidades en la prevención, restauración y reinserción de los NNyA en conflicto con la ley. A primera vista pareciera que esta participación en un esquema común ya existe, sin embargo, se advierte la persistencia atomizada de las disciplinas que, sumado a la lógica vertical del poder judicial, conduce a una predominancia de las disciplinas más fuertes (entre ellas –y fundamentalmente– el derecho).

Frente a este panorama, cabe preguntarse: *¿Cuál es el aporte que la mediación y los métodos participativos de abordaje de conflictos pueden brindar en la justicia juvenil desde un enfoque interdisciplinario?*

En el ámbito de la justicia juvenil la mediación y los métodos participativos de abordaje de conflictos tienen mucho que aportar, dado que ofrecen una perspectiva práctica y potencialmente exitosa permitiendo a la víctima, a la comunidad y al infractor la oportunidad de participar en el proceso judicial facilitando acciones como: la identificación del daño causado, la construcción de acuerdos sobre cómo se van a reparar los daños producidos por la infracción y los compromisos personales por parte de los infractores a fin de asumir la reparación del daño.

La Justicia Juvenil supone la devolución de la solución de conflictos a la propia comunidad, como forma de evitar una victimización secundaria a la persona lesionada, rehabilitar eficazmente al joven infractor y devolverle la paz social a la colectividad. En esta línea, las mejores prácticas internacionales en materia de Justicia Juvenil promueven el involucramiento comunitario para trabajar con el joven infractor en el proceso de responsabilización y restauración del daño ocasionado; en este sentido, se promueve la formulación de estrategias

de prevención secundaria y terciaria⁵ que permitan trabajar en la reparación y la reinserción social del menor infractor.

La mediación y los métodos participativos de abordaje de conflictos permiten trabajar en la regeneración de vínculos entre el menor infractor y la comunidad a fin de disminuir los niveles de reincidencia de los jóvenes en conflicto con la ley al facilitar transformación de las conductas, individuales y grupales, garantizando espacios de reflexión y responsabilización para mejorar las conductas del joven infractor habilitando el espacio para la “sanación” del daño social ocasionado. También resultan un mecanismo eficaz al momento de hacer operativo el principio de oportunidad de la Remisión;⁶ toda vez que permite ampliar la mirada y visualizar en el episodio muchos otros elementos, cuestiones fácticas, comunicacionales, jurídicas, emocionales y relacionales.

Estos métodos permiten ampliar la mirada, tal como dice la Doctora Garam:

... las personas no son solo la acción que las ha conducido a este escenario, aunque hayan sido sus autores o sus víctimas, sino que también son las personas, y donde está el sujeto activo o pasivo de un acto hay un ser humano, con otros aspectos que no se agotan en el hecho o hechos, y hacia cuya comprensión como tales se desplazara el trabajo. Este efecto legitimador constituye una de las intervenciones más poderosas de la

5. La prevención terciaria se dirige a individuos que ya han participado en la ejecución de conductas violentas o, por el contrario, que hayan sido víctimas de ellas. Este tipo de prevención es equivalente al tratamiento, es decir, a la intervención que se realiza después de que el joven ha tenido contacto con el sistema penal y pone el foco en la reconfiguración de las prácticas delictivas a fin de disminuir los niveles de reincidencia. A diferencia de la prevención primaria y secundaria, esta se centra en la prevención después de haberse producido un delito. El objetivo es reducir la tasa de reincidencia de los delincuentes y asegurar que se tomen medidas para que no se revictimice a una víctima.

6. Tal como menciona el Dr. Atilio Álvarez, la remisión opera cuando efectivamente existió el hecho delictivo por parte del NNyA, pero a criterio de las autoridades competentes resulta más provechoso, más razonable al ISN no actuar en el proceso formal. Esta posibilidad prevista en la CDN y en la Regla 11 de Beijing se refiere al principio de mínima intervención penal procesal respecto de la infracción juvenil y la firme convicción de que los procesos juveniles no se arreglan bajo proceso y condena sino conociendo lo más profundo del problema por el que delinquen los jóvenes, que muchas veces está asociado a causas familiares, personales y sociales.

mediación penal, con relación a los protagonistas, al colocar a ambos en esa perspectiva y en el rol activo y dinámico de trabajar en su conflicto.⁷

En síntesis, la mediación y los métodos participativos de abordaje de conflictos contribuyen a la mejora del sistema de justicia juvenil aportando un diferencial en siete aspectos fundamentales:

1. Facilitan la intervención directa en los territorios donde transcurre la dinámica cotidiana de los NNyA permitiendo la detección temprana de posibles carreras delictivas en jóvenes. A la hora de pensar políticas públicas que contribuyan al adecuado desarrollo de los NNyA, se vuelve clave diseñar estrategias de prevención primaria de la delincuencia juvenil desde abordajes integrales e intersectoriales que brinden contención a los jóvenes desde las múltiples dimensiones que hacen a una mejor calidad de vida para evitar que sean víctimas de violencia o se involucren en hechos violentos.

La mediación aplicada en contextos comunitarios vivencia un potenciamiento de su carácter preventivo toda vez ofrecen contención de las situaciones de conflicto que pudieran, en la escalada del mismo, llegar a la comisión de un delito. Para gran parte de los conflictos que presentan los adolescentes, la mediación puede ser una respuesta muy válida, ya que permite la responsabilización y la reparación de los daños causados. Las soluciones trabajadas en mediación no son punitivas, sino constructivas, fruto del diálogo y de un pacto voluntario que repara el pasado y mira al futuro. Ello facilita que el acuerdo se asuma como propio y también como una solución compartida por todos los implicados, facilitando que se cumpla y se mantenga en el tiempo.⁸

2. Portan un carácter pedagógico al proponer modelos de interrelación centrados en el diálogo, el reconocimiento del otro y la responsabilización de las acciones cometidas por el joven infractor.

7. Caram, María Elena, “Mediación con conflictos penales. Ejes y matices”, en Del Val, María Teresa (coord.), *Gestión del conflicto penal*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

8. Nogueras, Ana; Gimeno Vidal, Robert (coords.), *Tejiendo complicidades. Metodologías de apoyo a la prevención*, Programa Compartim de gestión del conocimiento del departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015.

La mediación es una herramienta oportuna, eficaz y eficiente en la Justicia Juvenil con enfoque restaurativo, para niñas, niños y adolescentes, toda vez que brinda a los mismos, la oportunidad de reflexionar sobre la situación que dio origen al daño, la posibilidad de restaurarlo y sanear el vínculo social afectado, en un entorno que les resulta familiar, cercano y accesible a su condición de sujetos en formación.

Así la mediación se convierte en un escenario de interacciones dialógicas diferentes que, construido sobre el reconocimiento del otro como un legítimo otro y de la legitimación individual y colectiva, permite visualizar a “la comunidad” como un tejido social que da sustento y contiene a los sujetos que forman parte de ella, y al que resulta importante reparar cuando ese vínculo ha sido dañado.

3. Actúan como complemento y sostén a las instituciones socializadoras (formales e informales).

La mediación contribuye como estrategia educativa de las personas en sus aspectos individual y social, o lo que es lo mismo, en su formación moral y ciudadana.

La resolución de los conflictos por la vía del diálogo –siempre y cuando sea un proceso genuino y bien desarrollado– contribuye en el fortalecimiento de las habilidades para establecer y mantener relaciones interpersonales pacíficas y productivas; así como en el incremento del autoconocimiento y de la autoestima personal.

4. Facilitan la generación de espacios de interacción y encuentro comunitario fortaleciendo la contención social.

La mediación se vuelve una herramienta clave en la generación de respuestas inclusivas hacia los jóvenes en conflicto con la ley al facilitar el diálogo social haciendo visibles los intereses colectivos, creando u organizando verdaderos espacios de transición donde actores socioculturales de diversidad significativa puedan intentar construir un espacio común sentando las bases para la toma de conciencia y responsabilización del infractor, la participación del damnificado y el restablecimiento del vínculo social dañado mediante el involucramiento de la comunidad y los terceros afectados.

5. Recuperan la voz de los y las jóvenes posicionándolos como sujetos de derecho, sin perder de vista que son sujetos en desarrollo. La mediación aporta en cuantía al desarrollo de una respuesta específica, especializada, que responde a las infracciones de los niños/niñas y adolescentes en conflicto con la ley, en adecuación con la Convención de los Derechos del Niño, así como con numerosos instrumentos internacionales, particularmente las Reglas de Beijing, de Riad y de La Habana.
6. Recuperan la voz de la víctima dándole la oportunidad de hacer preguntas que solo el infractor puede responder. Suponen una oportunidad para expresar sus frustraciones y preocupaciones. Proporciona a ambos la oportunidad de expresar sus sentimientos, compartir su dolor o remordimiento, hacer preguntas y disipar estereotipos.
7. Permiten a las y los operadores estatales y de la sociedad civil contar con un modelo de intervención específico para fortalecer los lazos vinculares tan necesarios en el acompañamiento y contención de los NNyA.

Así las cosas, los métodos participativos de abordaje de conflictos ocupan un lugar fundamental en este modelo de Justicia Juvenil al contribuir con cuantía en el fomento de la participación y el diálogo de los involucrados, de las familias y de las comunidades, facilitando la atención a las necesidades legítimas de la víctima y del ofensor, la reparación de los daños sufridos, y favoreciendo que ofensor, víctima, familias y comunidad compartan responsabilidades y obligaciones para superar las causas y consecuencias de lo ocurrido a través de espacios dialógicos verdaderamente restaurativos, intentando evitar la estigmatización de las personas que han cometido un delito y/o futuras ofensas.

Por último, así como entiendo que la mediación es fundamental en la generación de modelos interdisciplinarios de justicia juvenil, considero también que la mediación podrá dar más y mejores aportes en tanto permita y fortalezca la inserción de la interdisciplina en la formación de los y las mediadoras y en la ejecución de la propia práctica.

Como señala Remo Entelman, los conocimientos multidisciplinarios son indispensables para integrar la preparación de expertos en la gestión participativa de los conflictos. Por regla general, en nuestro país la mediación es mayoritariamente ejercida por abogados. La hegemonía

de una disciplina como carrera de base de los y las mediadoras conduce al riesgo de un sesgo metodológico que dificulta contar con una visión de contexto fundamental para generar procesos de mediación acordes al contexto social en el que interviene la justicia juvenil.

En consecuencia, se vuelve necesario –al interior del campo de la mediación– abrazar la interdisciplina incorporando más mediadores con diversas formaciones y trayectorias que puedan aportar nuevos marcos teóricos, saberes y miradas (sociólogas, politólogas, psicólogas, trabajadoras sociales, urbanistas, maestras, referentes de las propias comunidades, entre otras). La interdisciplina en la mediación contribuye a ampliar el panorama y el mapa del conflicto pudiendo identificar y generar con mayor facilidad un corrimiento del episodio del conflicto abordando el epicentro del mismo.⁹

A su vez, para que la mediación contribuya eficazmente en la justicia juvenil con enfoque restaurativo, es necesario mejorar la formación de los propios mediadores incorporando herramientas prácticas y marcos teóricos de otras disciplinas para estar a la altura del escenario de complejidad social en el que desarrollan sus vidas los y las NNyA.

Al reflexionar y evaluar los saberes que requiere la práctica de la mediación, vemos que estos provienen de diversas disciplinas que aportan conceptos teóricos y principios generales que, generalmente no se reciben en nuestra formación de base. Asimismo, si revisamos la bibliografía utilizada por los autores de los textos acerca de la mediación, encontraremos que, mayoritariamente, aplican baterías conceptuales que provienen de diversas disciplinas de las que ignoramos casi todo y, lo que es aún más crítico, muchas veces no contamos con la matriz intelectual para abordarlas.¹⁰

9. Retomando los conceptos de Juan Pablo Lederach, un episodio es la expresión visible de un conflicto que surge dentro de la relación o sistema, usualmente dentro de un espacio determinado de tiempo, generando atención y energía alrededor de un conjunto de problemas particulares que necesitan respuesta.

El epicentro del conflicto es la red de patrones relacionales y estructurales que con frecuencia proporciona una historia de episodios vividos, de los cuales emergen nuevos episodios y problemas. Si el episodio libera energía conflictiva en la relación, el epicentro es donde se produce esa energía.

10. Carbajal, Liliana, “Interdisciplina y Multidisciplina: por un lugar en el saber y hacer de la Mediación”, en Revista *La Trama*, N° 26, marzo de 2009.

Es preciso entonces que pensemos en la formación y capacitación necesaria de quienes, como nosotros, intentamos llevar adelante la mediación en el marco de la justicia juvenil. Si como mediadores queremos estar a la altura del desafío que implica generar procesos restaurativos para los NNyA debemos trabajar en la reconfiguración de nuestro campo, yendo más allá de la formación básica, combinando modelos de mediación,¹¹ incorporando más herramientas metodológicas y prácticas propias de otras disciplinas, desarrollando entrenamientos en técnicas y herramientas específicas para el abordaje del segmento juvenil, y trabajando –por sobre todo– en el desarrollo de cierta actitud ya que la mediación no es solo un proceso, una técnica o un método de gestionar o resolver conflictos, es una cultura y se basa en una actitud que se sostiene en principios como la igualdad, la confidencialidad y el respeto por el otro.

Bibliografía

BELOFF, Mary, *¿Qué hacer con la Justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

CALLEJAS FONSECA, Leopoldo y PIÑA MENDOZA, Cupatitzio, “La estigmatización social como factor fundamental de la discriminación juvenil”, en Revista *El Cotidiano*, N° 134, Unidad Azcapotzalco Distrito Federal, Universidad Autónoma Metropolitana, 2005.

CARAM, María Elena, “Mediación con conflictos penales. Ejes y matices”, en Del Val, María Teresa, (coord.), *Gestión del conflicto penal*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

CARBAJAL, Liliana, “Interdisciplina y Multidisciplina: por un lugar en el saber y hacer de la Mediación”, en Revista *La Trama*, N° 26, marzo de 2009.

11. Particularmente, entiendo que el modelo de la mediación transformativa propuesto por Barusch, Bush y Folger resulta de especial utilidad para el trabajo entre los protagonistas de una mediación juvenil restaurativa, al poner especial énfasis en la superación de la herida que la adversidad del hecho dañoso ha provocado.

CEPAL, “La juventud en Iberoamérica. Tendencias y urgencias”, resumen elaborado para la XII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Juventud, celebrada del 4 al 5 de noviembre de 2004, en Guadalajara, México, 2004.

KESSLER, Gabriel, “Escuela y delito juvenil. La experiencia educativa de jóvenes en conflicto con la ley”, en *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 12, N° 32, Distrito Federal, México, Consejo Mexicano de Investigación Educativa, A.C., 2007.

NOGUERAS, Ana y GIMENO VIDAL, Robert (coords.), *Tejiendo complicidades. Metodologías de apoyo a la prevención*, Programa Compartim de gestión del conocimiento del departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015.

La justicia restaurativa como instrumento de acceso a la justicia penal para niñas*

Josefina Perez Otero**

Introducción

A partir de mediados de la década del '70, en gran parte del mundo y desde distintos órdenes se ha fomentado la implementación de la justicia restaurativa dentro del ámbito del Derecho Penal para la solución de conflictos y como una herramienta de acceso a la justicia.

En esta línea se inscriben las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad,¹ que destacan la importancia de promover una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal y la necesidad de fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad. Ese documento expuso las virtudes de incorporar mecanismos distintos a los de la justicia retributiva tradicionalmente entendida, al comprometer a los Estados Miembros a introducir medidas no privativas de la libertad en sus ordenamientos internos para

... de esa manera, reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.²

En el orden europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió diversas recomendaciones relacionadas con la materia, en las que consideró que las medidas cumplidas dentro de la comunidad del ofensor son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos

* El presente artículo fue presentado como trabajo final en el marco del Certificado de Estudios Avanzados en Justicia Juvenil dictado por el Centro Interfacultades en Derecho del Niño de la Universidad de Ginebra.

1. Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de Tokio, adoptadas por Resolución N° 45/110, el 14/12/1990.

2. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad, párrafo 1.5.

negativos del encarcelamiento.³ Por otra parte, definió a la mediación penal como “cualquier proceso que permite a la víctima y al reo participar activamente, si lo consintieran libremente, en la solución de las dificultades ocasionadas por el delito con la ayuda de un tercero independiente”.⁴

En otro sentido, la utilización de la justicia restaurativa como instrumento de acceso a la justicia por parte de las personas víctimas de un hecho penal ha sido promovida entre otros por la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.⁵ Dicho documento, en su párrafo séptimo, establece que “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”.

A su vez, en el ámbito de la justicia juvenil, la doctrina ha hecho específicamente hincapié en la utilización de estos mecanismos como herramienta que mejor favorece la reinserción social de los adolescentes, promueve la responsabilización y evita la estigmatización y otros efectos nocivos del encarcelamiento.⁶ En esta línea se inscriben por ejemplo la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa y sus antecedentes,⁷ como así también diversas modificaciones legislativas a nivel nacional.⁸

En otro orden de ideas, recientemente se ha comenzado a hacer foco en las niñas, niños y adolescentes que hayan sido víctimas y testigos de delitos, estableciéndose criterios y buenas prácticas para ga-

3. Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación N° R(92)16.

4. *Ibidem*, Recomendación N° R(99)19.

5. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución General N° 40/34, el 29/11/1985.

6. Álvarez Ramos, Fernando, “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, en *International E-Journal of Criminal Sciences*, Artículo 3, N° 2, 2008.

7. La Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa fue adoptada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (en adelante “COMJIB”) el 27 y 28 de mayo en su XIX Asamblea Plenaria en Santo Domingo, República Dominicana. Un mayor detalle respecto de sus antecedentes, puede observarse en Campistol, Claudia; Herrero, Víctor, “Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa: Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal”, en *Tierra de Hombres*. Disponible en: <http://intercoconnecta.aecid.es/Gestin%2odel%2oconocimiento/Iniciativas%2opara%2ola%2oimplementación%2ode%2ola%2oDeclaración%2oIberoamericana%2ode%2oJusticia%2oJuvenil%2oRestaurativa.pdf>

8. Por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2000 en España.

rantizarles su derecho de acceso a justicia. Así, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas emitió las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos,⁹ en las que se establecieron una serie de derechos con los que cuentan dichos niños en el marco de los procesos judiciales, con el objetivo de orientar a los Estados, gobiernos, diversos actores sociales y profesionales para que trabajen con niñas, niños y adolescentes en la elaboración e implementación de normas, políticas y prácticas.

Asimismo, las Reglas de Brasilia¹⁰ han sido un documento importante en nuestra región en términos de acceso a justicia, al hacer foco en aquellos grupos particularmente vulnerables respecto de los cuales los distintos Estados debían desarrollar políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial.¹¹ Dichas reglas contemplan en primer lugar la edad como factor de vulnerabilidad, estableciendo que “[t]odo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración de su desarrollo evolutivo”.¹²

En otra línea, sin perjuicio de la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (*CEDAW*) en 1979,¹³ recién fue en el año 2011 que Naciones Unidas emitió un documento específico para mujeres en conflicto con la ley penal: las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (llamadas “Reglas de Bangkok”).¹⁴ Dicho documento establece que en modo alguno se contraponen con las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos¹⁵ (aplicables indistintamente del género), sino que justamente a

9. ONU, Consejo Económico y Social, Resolución del 2005/20.

10. Adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Brasilia, del 04 al 06 de marzo de 2008.

11. Reglas de Brasilia, Capítulo I, Sección 1a, (1).

12. *Ibidem*, Capítulo I, Sección 2a, apartado 2, (5).

13. La *CEDAW* fue aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por 189 países. Argentina la ratificó el 15/07/1985 y la dotó de jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994.

14. Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/03/2011 mediante Resolución 65/299.

15. Hasta ese momento consagradas en las Resoluciones 663C (XXIV) y 2076 (LXII) del Consejo Económico y Social, pero posteriormente reformuladas en el año 2015 por la Asamblea General (llamadas “Reglas Mandela”).

efectos de asegurar el cumplimiento del principio de no discriminación allí consagrado, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las mujeres.¹⁶ Dentro de este documento, se puede encontrar una única directriz que hace referencia a las niñas específicamente y es la Regla 65 –titulada “Delincentes juveniles de sexo femenino”– que reza: “Se evitará en la medida de lo posible recluir en instituciones a los niños en conflicto con la ley. Al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincentes juveniles debida a su género”.

De lo hasta acá relatado, surge con evidencia que si bien a nivel internacional e incluso local se han visto avances tanto en materia de desarrollo de la justicia restaurativa, incluso en la justicia juvenil, como con relación a la protección de los derechos de las mujeres que son vinculadas a hechos delictivos, hasta el momento poco se ha dicho específicamente respecto de las niñas que toman contacto con la justicia penal; sea que lo hayan hecho por haber tomado parte de un delito, sea por haber sido víctimas o testigos de este.

En este sentido, Beloff ha sido clara al explicar que

... cuando se pone el foco en las niñas, se advierte que esa enorme movilización y el vastísimo *corpus juris* de protección de derechos humanos [...] solo se refiere a ellas de forma tangencial, mínima, como una derivación de los derechos de las mujeres (en general), o bien de los niños (en general).¹⁷

Agrega que esta característica, denominada invisibilidad, se expresa de diversas formas: la primera, en tanto la problemática de las niñas no es planteada como un tema en sí mismo con una fenomenología propia; la segunda, implica la invisibilización de la violencia que sufren las niñas tanto de manera general en todos los ámbitos de su vida, incluso dentro de la justicia juvenil, por su condición de niñas.¹⁸

Sin perjuicio de ello, esfuerzos más recientes han hecho foco en la situación de las niñas en conflicto con la ley penal que se encuentran privadas de su libertad. En esta línea se inscriben no solo las Reglas de Bangkok ya mencionadas y las Reglas de La Habana,¹⁹ sino también

16. Reglas de Bangkok, Reglas 1.

17. Beloff, Mary, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, en *Revista Electrónica, Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, N° 19, 2017, p. 58.

18. *Ibidem*, p. 59.

19. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General el 14/12/1990, mediante Resolución 45/113.

distintos trabajos realizados por la academia²⁰ y estudios estadísticos propiciados por distintos Estados.

Sin restarle importancia a la situación de las niñas que se encuentran privadas de la libertad, lo que pareciera haber suscitado aún menos atención pública es la utilización e implementación de medidas alternativas como instrumento de abordaje específico para niñas. En este sentido, sin perjuicio de que la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa establece que las políticas de solución de conflictos que allí se alientan deberán incorporar "... en su formulación y aplicación de manera transversal la perspectiva de género..."²¹ y que las Reglas de Tokio incluyen la prescripción de no discriminación en razón del género,²² lo cierto es que esta referencia genérica no es suficiente para orientar a los Estados a implementar mecanismos restaurativos que sean acordes a las necesidades de las niñas.

En virtud de ello, el presente trabajo tiene por objeto exponer la problemática específica de las niñas en contacto con la justicia penal cuando participan de procesos de justicia restaurativa, proponiendo líneas de acción para tener en cuenta en la construcción, implementación y evaluación de programas de justicia restaurativa que se apliquen a ellas.

Así, en primer lugar se realizará un examen general de la situación de las niñas con relación al sistema penal juvenil. A continuación, se evaluará parte de la doctrina existente en torno a las particularidades de dichas niñas, considerando con especial atención sus problemáticas y necesidades específicas. Posteriormente, a partir de dichas necesidades y problemáticas específicas, se elaborarán una serie de conclusiones en torno a la aplicación de la justicia restaurativa a conflictos en los que se vean involucradas niñas, incluyendo referencias a programas actualmente existentes. Finalmente, se desarrollarán algunos lineamientos generales que pretenden servir de guía para un mejor desarrollo de este tipo de programas, en los que se asegure el cumplimiento integral de los derechos de las niñas, se procure su reinserción social y se prevenga la reiteración, favoreciendo prácticas igualitarias y evitando que se generen vulneraciones adicionales por su condición de mujeres.

20. En el contexto latinoamericano, podemos ver entre otras: Beloff, Mary, *op. cit.*, pp. 65-71; López Gallego, Laura, "Proceso de reflexividad en un contexto de privación de libertad de adolescentes mujeres", en *Psicología & Sociedad*, vol. 26, N° 3, 2014, pp. 603-612.

21. Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, punto 1.

22. Reglas de Tokio, Regla 2.2.

La situación de las niñas en el sistema penal juvenil

Desde la década de 1980, los sistemas penales de diferentes partes del mundo han demostrado un incremento sostenido de niñas que ingresan a ellos.²³ También se ha visto incrementada la aplicación de medidas más restrictivas de la libertad. Por ejemplo, en Argentina, un informe elaborado en el año 2015 por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación da cuenta que las niñas constituyen el 5.2% del total de adolescentes en conflicto con la ley penal. Sin embargo, señala que en términos relativos –según un informe anterior elaborado en 2008–, se observa “una mayor presencia de mujeres en los dispositivos de restricción de libertad”.²⁴

En Argentina, la presencia de niñas en el sistema penal ha sido sostenida desde 2013 hasta la actualidad. En 2016, de los 300 menores de edad que fueron institucionalizados por causas penales en el sistema federal, el 9% fueron niñas; lo que constituye un total de 27 niñas.²⁵ A su vez, para el año 2015, el universo de niños institucionalizados fue de 352, de los cuales 36 eran niñas (10%).²⁶ Los años anteriores –2013 y 2014– se registraron cifras totales de 500 y 511 adolescentes institucionalizados, distinguiéndose 60 (12%) y 51 (10%) niñas, respectivamente.²⁷ Debe señalarse que el descenso significativo en los valores nominales que surge a partir del año 2015 ha sido explicado a raíz del dictado de decisiones administrativas que impidieron el alojamiento

23. Beloff, Mary, *op. cit.*, p. 64.

24. Ministerio de Desarrollo Social, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, “Relevamiento Nacional sobre Adolescentes en conflicto con la Ley Penal - Año 2015”, p. 19.

25. Corte Suprema de Justicia de la Nación y Procuraduría de Violencia Institucional de la Procuración General de la Nación, Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes, “Sistematización de la Información de la Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes Institucionalizados (BGD) - Año 2016”, septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/bgd/verMultimedia?data=1899>

26. *Ibidem*, “Sistematización de la Información de la Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes Institucionalizados (BGD) - Año 2015”, diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/bgd/verMultimedia?data=1864>

27. *Ibidem*; “Sistematización de la Información de la Base General de Datos de Niños, Niñas y adolescentes Institucionalizados (BGD)”, publicado en diciembre 2015. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/bgd/verMultimedia?data=1865>

de niños y niñas que no hubiesen cumplido la edad mínima de responsabilidad penal de dieciséis años, establecida por la Ley N° 22278.²⁸

A su vez, en los Estados Unidos, las estadísticas han demostrado que las niñas son el segmento poblacional de la justicia juvenil de más rápido crecimiento.²⁹ Así, si bien la cantidad de arrestos disminuyó a nivel nacional para los adolescentes, la velocidad de decrecimiento ha sido más lenta para las niñas;³⁰ incluso demostrando una representación porcentual mayor en el total de los arrestos realizados. Una situación similar se estaría dando en las tasas de encarcelamiento.³¹

También se estableció que el tipo de hechos por los que las niñas son arrestadas y privadas de su libertad son menos serios que los de los niños,³² y que generalmente son delitos contra la propiedad o en infracción a las leyes de estupefacientes, cometidos sin el uso de violencia.³³ Un estudio señaló que, de manera contraria a la creencia popular de que las niñas estaban tornándose más agresivas, el porcentaje de arrestos por delitos cometidos mediante el uso de violencia entre los años 1999 y 2009 se había reducido un 1% más para las niñas comparativamente con los varones de su misma edad. Además agregó que la tasa de

28. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Resolución N° 313 del 22/07/2015.

29. NCCD Center For Girls And Young Women, "Getting the Facts Straight about Girls in the Juvenile Justice System", 2009, p. 2. Disponible en: http://www.nccdglobal.org/sites/default/files/publication_pdf/fact-sheet-girls-in-juvenile-justice.pdf

30. Snyder, Howard N.; Sickmund, Melissa, "Juvenile Offenders and Victims: 2006 National Report", Washington DC, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2006, p. 128. Disponible en: <https://www.ojjdp.gov/ojstatbb/nr2006/downloads/>

31. NCCD Center for Girls and Young Women, *op. cit.*, señala que desde 1997 hubo una reducción del 18% en las tasas de encarcelamiento de adolescentes de sexo masculino, mientras que solo se ha dado un 8% de disminución en sus pares femeninas.

32. *Ibidem*, p. 5.

33. American Bar Association & National Bar Association, "Justice by gender: The lack of appropriate prevention, diversion and treatment alternatives for girls in the justice system", en *William & Mary Journal of Women and the Law*, Washington DC, 2001, p. 81. Debemos señalar que a pesar de no contar con estadísticas recogidas de manera sistemática y seria, la práctica indicaría que la mayoría de las conclusiones a las que se arriba en este y en los siguientes párrafos pueden ser extrapoladas del sistema estadounidense a otros sistemas de la región. Sin perjuicio de ello, no debe perderse la oportunidad de señalar la importancia de contar con datos que permitan conocer con rigor científico la situación de las niñas en conflicto con la ley penal.

encarcelamiento por hechos violentos cometidos por ellas es menos de la mitad de la correspondiente a los niños (11% y 24%, respectivamente).³⁴

Por su parte, también se ha sostenido que los hechos por los que las niñas son arrestadas son usualmente cometidos contra un miembro de su familia.³⁵ Sin embargo, este dato respondería principalmente a cambios en las normas y prácticas relacionadas con la violencia intrafamiliar.³⁶ No obstante ello, este dato es muy útil para dar la pauta de la violencia que rige las relaciones familiares de las niñas en conflicto con la ley penal; cuestión que será abordada con mayor profundidad en el apartado siguiente.

En cuanto a características demográficas, se ha dicho que las niñas privadas de su libertad suelen ser más jóvenes que los varones³⁷ y que en el sistema estadounidense hay una sobrerrepresentación de niñas afroamericanas, nativo-americanas e hispanas.³⁸

34. Es menester mencionar que el estudio citado da cuenta también de que la *ratio* de niñas encarceladas por *status offenses* (hechos que son solo considerados como delictivos cuando son cometidos por personas menores de edad) es más del doble para niñas que para niños. No se abordará en este trabajo este asunto específico, por un lado, por una cuestión de extensión. Pero por el otro, porque tal prohibición de este tipo de figuras ha sido objeto en reiteradas ocasiones de recomendaciones por parte de organismos internacionales.

35. NCCD Center for Girls and Young Women, *op. cit.*, p. 8.

36. Sherman, Francine, "Justice for Girls: Are We Making Progress?", en *UCLA Law Review* 59, N° 6, 2012, p. 1592. Como ejemplo, se mencionan los protocolos de arrestos mandatorios que deben realizar las fuerzas de seguridad en casos de violencia doméstica, lo que redundará en acciones contra niñas por conflictos intrafamiliares que anteriormente hubiesen sido abordados por los servicios de protección, sin intervención alguna del sistema penal. Además, en un estudio realizado por dos de las asociaciones profesionales de abogados más importantes de los EE. UU., se ha sostenido que dichas modificaciones en normas y prácticas han sido responsables del mayor ingreso de niñas al sistema penal. Estos cambios incluyen: la recategorización de los conflictos familiares que involucran a niñas como hechos violentos, la transformación de prácticas de las fuerzas de seguridad relacionadas con violencia doméstica y comportamientos agresivos, la parcialidad por razón de género en la gestión institucional de casos de delitos no graves (*misdemeanors*) e incluso a una falla sistémica en el entendimiento del desarrollo especial de las niñas en la actualidad (Ver American Bar Association & National Bar Association, *op. cit.*, p. 79).

37. Zahn, Margaret, "The causes of girls' delinquency and their program implications", en *Family Court Review*, vol. 45, N° 3, 2007, p. 1.

38. NCCD Center for Girls and Young Women, *op. cit.*, p. 7.

El contexto: problemáticas de las niñas en conflicto con la ley penal

Diversos estudios se han dedicado al análisis de los factores de riesgo que afectan principalmente a las niñas en conflicto con la ley penal.³⁹ En términos generales, se han identificado ciertas características compartidas por ellas,⁴⁰ entre las que se puede mencionar de forma preliminar: la fragmentación familiar, la victimización sufrida tanto fuera como dentro del sistema de justicia juvenil, el padecimiento de desórdenes físicos y psíquicos serios, y el fracaso escolar (incluyendo la deserción, el retraso escolar y la expulsión). También se ha hecho alusión a las implicancias que tiene para aquellas niñas que ya son madres la separación de sus propias hijas e hijos. A continuación, se examinarán dichos factores con mayor detalle.

Fragmentación familiar

En cuanto a la fragmentación familiar, se han identificado como factores asociados a ella la pobreza estructural,⁴¹ la violencia intrafamiliar y el encarcelamiento multigeneracional.⁴² Estas circunstancias a su vez provocarían limitaciones en el control y monitoreo que llevan adelante las madres y los padres respecto de las niñas; lo que redundaría en prácticas parentales problemáticas (como, por ejemplo, la aplicación de

39. Debe remarcar que los estudios, publicaciones y artículos utilizados pertenecen principalmente a autores que han desarrollado sus investigaciones en los Estados Unidos. Si bien se ha intentado recabar información de este tipo proveniente del sistema argentino, no se han podido determinar estudios estadísticos sobre el asunto. Tampoco se ha podido localizar información similar proveniente de otros países de Latinoamérica. En consecuencia, deviene imprescindible remarcar la importancia de contar con datos cuantitativos y cualitativos para el desarrollo de políticas públicas en torno a la infancia con perspectiva de género, tal como fuera acordado en los artículos 13 y 14 de la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa.

40. American Bar Association & National Bar Association, *op. cit.*, p. 81.

41. Este factor es particularmente alarmante si tenemos en cuenta, por ejemplo, que el 48,1% de las niñas, niños y adolescentes de la Argentina se encuentran bajo la línea de pobreza, y el 10,2% se encuentran en situación de indigencia. Ver Tunón, Ianina, *Diferentes representaciones de la pobreza infantil en la Argentina (2010-2017)*. Documento de investigación, Bs. As., Educa, 2018.

42. American Bar Association & National Bar Association, *op. cit.*, p. 81.

disciplina de manera inconsistente) que han sido señaladas como características de familias de origen de niñas en conflicto con la ley penal.⁴³

A su vez, la inestabilidad familiar causada por constantes interrupciones en los vínculos sociales y la continuidad de la educación (que pueden darse, por ejemplo, cuando los niños ingresan a dispositivos estatales con medidas de protección o cuando deben salir a trabajar para contribuir a la economía familiar) también sería un factor de riesgo en el desarrollo de conductas erráticas o disruptivas en los adolescentes.⁴⁴ Esto pareciera ser un factor independiente del género.

Por otra parte, también es relevante mencionar que operadores que trabajan con niñas han señalado una alta incidencia de conflicto entre ellas y sus madres.⁴⁵ A su vez, se ha concluido que un ejercicio de la paternidad cálido y sensible pero con autoridad, puede reducir el riesgo de conflicto con la ley penal.⁴⁶

Victimización. Maltrato, violencia y abuso sexual

Por otra parte, diversos estudios sobre las causas de la delincuencia juvenil han señalado como un factor de riesgo significativo en las niñas el haber sido ellas mismas víctimas de violencia en edades tempranas.⁴⁷ Si bien la violencia ha sido reconocida como un factor de riesgo para adolescentes de ambos géneros, tiene un impacto particular en las niñas. Así, estudios han demostrado que 42% de las niñas privadas de la libertad en los Estados Unidos habían sido víctimas de violencia física, mientras que el porcentaje de niños en circunstancias iguales es del 22%.⁴⁸

Aunado a ello, se ha sostenido que las niñas que fueron víctimas de violencia y maltrato son siete veces más propensas a cometer hechos

43. Zahn, Margaret, *op. cit.*, p. 3.

44. Ídem.

45. Beyer, Marty, "Delinquent Girls: A Developmental Perspective", en *Kentucky Children's Rights Journal*, 2001, p. 2.

46. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K., "Risks, Outcomes, and Evidence-based Interventions for Girls in the U.S. Juvenile Justice System", en *Clinical Child and Family Psychology Review*, vol. 18, N° 3, 2015, p. 6.

47. Zahn, Margaret, *op. cit.*, p. 3.

48. Sedlak, Andrea J. y McPherson, Karla, "Survey of Youth in Residential Placement: Youth's Needs and Services", en *Westat*, Rockville, 2010, p. 10.

violentos, en comparación con niñas sin tal antecedente.⁴⁹ Igualmente se ha dicho que las niñas en conflicto con la ley penal son especialmente vulnerables a ser víctimas de violencia doméstica durante su juventud.⁵⁰ Este dato es especialmente importante ya que se refiere a la situación de las niñas con posterioridad a la intervención estatal (es decir, una vez que han egresado del sistema penal juvenil) y da cuenta de las falencias que estas intervenciones tienen.

Por otra parte, el abuso sexual también es una problemática particularmente apremiante para las niñas en conflicto con la ley penal. Así, se ha establecido que es cuatro veces más probable que una niña en conflicto con la ley penal haya sido víctima de abusos sexuales que su par varón. Las estadísticas demuestran que mientras ellas rondarían el 35%, ellos constituyen el 8%.⁵¹ Otros estudios han dado cuenta de que el 70% de las niñas en el sistema de justicia juvenil han sufrido abuso sexual con anterioridad.⁵²

A su vez, esta victimización previa suele dar lugar a nuevos abusos una vez que las niñas ingresan en los sistemas de justicia penal juvenil. En un estudio realizado en Estados Unidos, el 5% de las niñas privadas de la libertad indicó que había sido víctima de abuso sexual mientras estaba bajo custodia estatal.⁵³ Sobre este tipo de situaciones la Comisión Interamericana tiene dicho que “las vulneraciones a los derechos de la niñez y las diversas formas de violencia contra ellos usualmente guardan

49. Herrera, Verónica M.; McCloskey, Laura A., “Gender differences in the risk for delinquency among youth exposed to family violence”, en *Child Abuse and Neglect*, vol. 25, N° 8, 2001.

50. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K. *op. cit.*, p. 16.

51. Sedlak, Andrea J. y McPherson, Karla, *op. cit.*, p. 10.

52. Beyer, Marty; Blair, Gillian; Katz, Sarah; Simkins, Sandra; Steinberg, Annie, “A Better Way to Spend \$500,000: How the Juvenile Justice System Fails Girls”, en *Wisconsin Women's Law Journal*, XVIII, 1, 2003, p. 1. Las diferencias en los valores arrojados por los distintos estudios estadísticos llevados a cabo suelen responder a problemas metodológicos; incluyendo diferencias en la definición del concepto de “abuso sexual” y los actos incluidos en ella. Sin embargo, entendiendo que incluso aquellos valores porcentuales más bajos siguen demostrando un grado alarmante de abusos sexuales en niñas en conflicto con la ley penal, no se abordarán ni se profundizará respecto de dichos problemas en el presente trabajo, en honor a la brevedad.

53. Sedlak, Andrea J. y McPherson, Karla, *op. cit.*

vinculación y se superponen, teniendo como consecuencia una victimización sucesiva de los niños expuestos a estas vulnerabilidades”.⁵⁴

Relaciones con sus pares

Otro factor de riesgo relevante para las niñas son los vínculos con sus pares. Este punto es particularmente significativo si se tiene en consideración que los delitos cometidos por adolescentes son comúnmente ejecutados en grupo.⁵⁵ Sumado a ello, se ha dicho que la identificación con sus pares es una parte importante del desarrollo de la autoestima de las niñas, ya que formar parte de un grupo puede aportar sentido de pertenencia, que a su vez redundaría en que la niña se sienta valorada.⁵⁶

Diversos estudios señalan que es más común que las niñas en conflicto con la ley penal identifiquen a varones como sus amigos más cercanos (35% en comparación a un 5% de niñas sin conflictos con la ley).⁵⁷ Asimismo, aquellas tienden a tener relaciones de pareja con hombres varios años más grandes que ellas y a involucrarse desde más jóvenes en conductas sexuales riesgosas (que incluyen las relaciones sexuales sin protección y/o con riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual).⁵⁸ A su vez, este tipo de comportamientos pueden dar lugar a embarazos adolescentes o enfermedades que colocan a las futuras madres en nuevas situaciones de vulnerabilidad y dependencia.

Sin embargo, también se ha dicho que más importante que el factor de la edad de la pareja es el grado hasta el cual promueve actitudes antisociales; una dinámica que tiene mayor relevancia para las niñas que para los niños,⁵⁹ ya que un estudio dio cuenta de que la mayoría de las niñas en el sistema penal juvenil han reportado haber comenzado con actividades delictivas con sus amigos más cercanos.

En este mismo sentido, debe tenerse presente que los pares y las relaciones sociales positivas también sirven como factores de protección y favorecen la adopción de conductas prosociales por parte de las niñas

54. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia, niñez y crimen organizado*, 2015. Referencia: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15, apartado 126.

55. Zahn, Margaret, *op. cit.*, p. 3.

56. Beyer, Marty, *op. cit.*, p. 2.

57. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K., *op. cit.*, p. 7.

58. Ídem.

59. Zahn, Margaret, *op. cit.*, p. 4.

en situación de riesgo.⁶⁰ Incluso se ha sostenido que las relaciones y los vínculos que construyen son un componente esencial de su desarrollo.⁶¹

Escuela y comunidad

Por otra parte, el mal desempeño o fracaso escolar también ha sido identificado como un factor de riesgo, tanto en niñas como en niños. Las estadísticas señalan que más del 20% de la infancia privada de la libertad en Estados Unidos no se encontraba inscrita en la escuela secundaria al momento de su arresto.⁶²

En esta línea, se ha dicho que el fracaso educacional es una experiencia virtualmente universal entre las niñas del sistema penal juvenil.⁶³ En efecto, un estudio llevado a cabo en el estado de California arrojó que el 85% de las niñas que se encontraban dentro del sistema penal juvenil habían sido suspendidas o expulsadas de la escuela.⁶⁴

Correlativamente, se ha reconocido como un factor de protección tanto el éxito escolar como también el apego a la escuela, que incluye no solo el interés de las niñas por el colegio sino también por lo que sus profesores y directivos piensan de ellas y su desempeño académico.⁶⁵

Salud física y psíquica

Los estudios desarrollados hasta el momento han sido contundentes en cuanto a que las niñas que ingresan al sistema penal juvenil luego de la comisión de un hecho delictivo tienen serios padecimientos en la salud mental. Un estudio realizado en un centro de detención en los Estados Unidos indicó que el 78% de las niñas alcanzaban estándares para el diagnóstico de al menos un trastorno;⁶⁶ mientras que la muestra promedio era de tres.⁶⁷

60. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K., *op. cit.*, p. 7.

61. American Bar Association & National Bar Association, *op. cit.*, p. 82.

62. Sedlak, Andrea J. y McPherson, Karla, *op. cit.*, p. 34.

63. American Bar Association & National Bar Association, 2001, *op. cit.*, p. 81.

64. Beyer, Marty, *op. cit.*, p. 5.

65. Zahn, Margaret, *op. cit.*, p. 4.

66. NCCD Center for Girls and Young Women, *op. cit.*, señala que 3 de cada 4 niñas que están privadas de su libertad tienen diagnosticado un padecimiento en la salud mental.

67. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K., *op. cit.*, p. 10.

Otros estudios realizados han arrojado estadísticas igualmente alarmantes: 58% de las niñas en estas circunstancias padecen de depresión; el 56%, de ansiedad y el 72% tiene un consumo problemático de sustancias.⁶⁸ Sin embargo, a pesar de que la depresión pareciera ser común entre las niñas en conflicto con la ley penal, no es comúnmente diagnosticada.⁶⁹ Sumado a ello, el foco de las intervenciones suele estar apuntado a su conducta disruptiva en vez de estar dirigido a las causas subyacentes, que incluyen el aislamiento y el trauma.⁷⁰

Asimismo, se ha sostenido que aproximadamente el 70% han sido expuestas a una experiencia traumática y que, como consecuencia de ello, las tasas de estrés postraumático, tentativas de suicidio y comportamientos autolesivos son mayores que la de los niños.⁷¹

Adicionalmente, se ha sostenido a partir del análisis de los resultados de distintos estudios que los padecimientos en la salud mental son más predominantes en la población penal juvenil femenina que en la masculina.⁷²

A su vez, el consumo de alcohol y estupefacientes es una problemática recurrente entre las niñas en conflicto con la ley penal; sin embargo, es importante resaltar que este factor de riesgo afecta casi en la misma proporción a los adolescentes varones.⁷³

Por otra parte, si se tienen en cuenta los porcentajes de niñas que han sido víctimas de abusos sexuales y/o que han incurrido en relaciones sexuales consideradas riesgosas –mencionados en los apartados anteriores– es coherente pensar que un número considerable de ellas presenten enfermedades de transmisión sexual, embarazos y/o antecedentes de abortos. Estas patologías pueden significar riesgos graves a la salud de las niñas y deben ser abordadas de manera integral.

Otras enfermedades que han sido relacionadas con las niñas en conflicto con la ley penal son la obesidad, las lesiones corporales y el

68. Ídem.

69. Beyer, Marty, *op. cit.*, p. 4.

70. American Bar Association & National Bar Association, *op. cit.*, p. 83.

71. NCCD Center for Girls and Young Women, *op. cit.*, p. 8.

72. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K., *op. cit.*, p. 10.

73. *Ibíd.*, p. 11.

asma.⁷⁴ No obstante, este es un tópico que en general ha sido desatendido por las investigaciones.⁷⁵

La utilización de la justicia restaurativa para conflictos que involucran niñas

Primeramente, corresponde hacer hincapié en la importancia de la promoción y el fortalecimiento de la justicia restaurativa como herramienta de abordaje para las niñas en conflicto con la ley penal. En palabras de Beloff:

En definitiva, si se tiene en consideración la clase de delito en la que se ven involucradas las niñas, así como el escaso número que se encuentra en dispositivos penales juveniles, resulta imperioso trabajar en el fortalecimiento de las medidas no privativas de libertad, en la reafirmación de la privación de libertad como medida de *ultima ratio*, en la utilización de monitoreos no custodiales como medidas cautelares o condenatorias en medio abierto, en la promoción del uso de medidas alternativas (justicia restaurativa, lo que se conoce como diversión, etc.) y en la remisión a programas o servicios comunitarios. Entre otras, se requieren medidas adaptadas al contexto, circunstancias y características de la niña [...] y que permitan abordar sus problemas de forma inmediata así como contribuir a su desarrollo.⁷⁶

Sin embargo, la implementación de los mecanismos de justicia restaurativa debe llevarse a cabo de manera tal que se promueva una más integral satisfacción de los derechos de las niñas y se asegure su interés superior, conforme las prescripciones del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁷⁷ evitando que cualquier modificación en normas o prácticas redunde en una nueva o mayor vulneración.

En consecuencia, por un lado, se debe asegurar que dichos mecanismos no contribuyan a generar una mayor e innecesaria injerencia del sistema penal juvenil en la vida de las niñas. Así, por ejemplo,

74. *Ibidem*, p. 12.

75. *Ídem*.

76. Beloff, Mary, *op. cit.*, p. 69.

77. Deviene siempre necesario recordar que en el ordenamiento jurídico argentino, la CDN tiene jerarquía constitucional, según lo estableciera el artículo 75 de la Constitución Nacional según su última reforma del año 1994.

debe evitarse la imposición de medidas no formales que no tienen en cuenta la situación particular de las niñas ya que ello puede significar un mayor incumplimiento por parte de estas; lo que podría a su vez conducir al sometimiento de las niñas a medidas más restrictivas o severas, a modo de sanción.

Del mismo modo, debe prevenirse la reproducción por parte de las intervenciones que eventualmente se dispongan, de los estereotipos de género a los que las niñas están sometidas normalmente en los diferentes ámbitos de su vida. En esta línea, corresponde recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” y que su creación y uso “se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.⁷⁸

Finalmente, también es importante tener en cuenta que las conductas que llevan a las niñas a ser arrestadas están generalmente relacionadas con el propio desarrollo infantil y que sus infracciones penales deben ser entendidas como una reacción hacia una tensión con los círculos concéntricos de su familia, comunidad o sociedad. En consecuencia, solo teniendo en cuenta este ‘ecosistema’ se puede ofrecer una respuesta que tenga en cuenta el desarrollo de la niña y provea más matices de abordaje.⁷⁹

En razón de todo esto, los programas de justicia juvenil restaurativa deben elaborarse con verdadero enfoque de género; lo que no puede hacerse sin conocer aquellos factores que inciden especialmente en las niñas en conflicto con la ley penal.

Ahora bien; a partir de lo reseñado en el capítulo anterior, ha quedado en evidencia que determinadas circunstancias (personales, familiares, sociales, etc.) afectan especialmente a las niñas en conflicto con la ley penal, ya que si bien ciertos factores de riesgo y protección son compartidos con sus pares varones, muchos de ellos inciden en ellas de manera especial y distintiva.

78. Corte IDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”. Excepción Preliminar, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 401.

79. Sherman, Francine, *op. cit.*, p. 1599.

No obstante, distintos especialistas coinciden en que los sistemas penales juveniles actuales no están diseñados con estas desigualdades en mente.⁸⁰ A ello se agrega que los programas y las intervenciones diseñadas para evitar ayudar a la resocialización de los varones menores de edad no necesariamente satisfacen las necesidades de las niñas (especialmente aquellas relacionadas con la alta victimización y conflictos intrafamiliares).⁸¹

Asimismo, aunque recientemente se ha incrementado la presión para que las políticas públicas de prevención del delito estén basadas en evidencia científica;⁸² se ha criticado que la evaluación de su eficacia se ha constreñido a su impacto en la población penal juvenil masculina.⁸³

En este marco, en algunos lugares se ha comenzado con el desarrollo de programas con enfoque de género,⁸⁴ cuyo fundamento es el reconocimiento de las particulares características del desarrollo y las circunstancias de vida de las niñas en el sistema penal juvenil, incluyendo sus experiencias dentro de este en tanto mujeres, los traumas que puedan haber tenido en el pasado, y las expectativas sociales que existen respecto de ellas.⁸⁵ La experiencia y los resultados de los mismos sirven para

80. NCCD Center for Girls and Young Women, *op. cit.*, p. 9. Ver también: American Bar Association & National Bar Association, *op. cit.*; Beloff, Mary, *op. cit.*, p. 68; Sherman, Francine, *op. cit.*, p. 9, entre otros.

81. Zahn, Margaret; Day, Jacob C.; Mihalic, Sharon F.; Tichavsky, Lisa, "Determining What Works for Girls in the Juvenile Justice System: A Summary of Evaluation Evidence", en *Crime & Delinquency*, vol. 55, N° 2, 2009, p. 267.

82. Esto se ha dado no solo a través de la presión ejercida desde el orden político, los investigadores y la academia, sino también a través de los organismos internacionales. Por ejemplo: la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa señala en su artículo 14 el compromiso de los Estados para el desarrollo de la investigación en la materia, y la evaluación del sistema penal juvenil para lograr su eficacia. En cuanto a la importancia de la evaluación e investigación de la implementación de políticas públicas, puede consultarse el vídeo "Investigación y Evaluación", correspondiente al Módulo 4 del Certificado de Estudios Avanzados en Justicia Juvenil de la Universidad de Ginebra. Disponible en: https://youtu.be/o_Vcgvml-qg

83. Zahn, Margaret; Day, Jacob C.; Mihalic, Sharon F.; Tichavsky, Lisa, *op. cit.*, p. 268.

84. En la doctrina estadounidense se define como *gender-specific* o *gender-responsive programming*. Ver Zahn, Margaret; Day, Jacob C.; Mihalic, Sharon F.; Tichavsky, Lisa, *op. cit.*, entre otros.

85. Sherman, Francine, *op. cit.*, p. 1594. Un programa deberá: a) ofrecer un espacio seguro tanto físico como psicológico, b) promover vínculos, y c) compartir el poder con las niñas y a lo largo de los múltiples sistemas que trabajan con ellas, según la autora, para que tenga enfoque de género.

considerar la implementación de medidas similares en otros lugares, al repensar la justicia restaurativa en clave de género.

Adoptando esta premisa de abordaje, si consideramos la situación familiar en la que se encuentran la mayoría de las niñas en conflicto con la ley penal, cualquier mecanismo de justicia restaurativa que busque una verdadera reinserción de las adolescentes debe estar dirigido a mejorar los vínculos familiares, contribuyendo a fortalecer la comunicación intrafamiliar e incluso apoyando a los padres en el ejercicio de su paternidad al acercarles nuevas herramientas que puedan ser más efectivas para lidiar con la crianza de sus hijas.

También va a ser necesario trabajar en el modo en que el delito cometido puede haber afectado estas relaciones. No solo en tanto –como se ha dicho antes– una gran parte de los hechos cometidos por niñas son contra miembros de su entorno directo, sino también porque al llevar a cabo el hecho ilícito las niñas se apartan de los roles socialmente esperados; lo que puede devenir en un rechazo familiar.⁸⁶

Para tal fin, se han implementado, por ejemplo, distintos tipos de tratamientos terapéuticos en los que se trabaja de manera interdisciplinaria con las niñas y sus familias, con el objeto de establecer y mantener nuevos patrones de comportamiento familiar que reemplacen a aquellos disfuncionales.⁸⁷ Aquí se parte del reconocimiento de que el desarrollo de las niñas depende de su afiliación con otros a través de relaciones interpersonales positivas.⁸⁸

86. Sobre este punto, ha sido de gran valor la experiencia del personal que trabaja en los centros cerrados de alojamiento de adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, que ha sido aportada a la autora por Mariano Kierzenbaum, profesor adjunto interino de la Universidad de Buenos Aires y exdirector Nacional para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, quien relata que las niñas que se encuentran privadas de su libertad en dichos centros suelen tener menor cantidad de visitas que los niños. Esto se atribuye en parte a que las niñas, al cometer el delito, se apartan del rol esperado para las mujeres, y esto las estigmatiza de una manera diferencial. Esto no se daría en el caso de los varones de igual edad por cuanto, frente a la comisión del delito, mantienen la posibilidad de tener algún rol positivo o de ser aceptados en la grupalidad, en el seno familiar o en la pareja.

87. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K., *op. cit.*, p. 20. Son varios los autores que señalan la utilización de la “psicoterapia relacional” como herramienta de intervención en estos casos.

88. Hubbard, Dana J. y Matthews, Betsy, “Reconciling the Differences Between the ‘Gender-Responsive’ and the ‘What Works’ Literature to Improve Services for Girls”, en *Crime & Delinquency*, vol. 54, N° 2, 2008, p. 15.

Asimismo, debería también ofrecerse a la niña y a su familia todos los servicios sociales disponibles a efectos de contribuir a reducir sus necesidades materiales, que pueden haber coadyuvado no solo a la comisión del delito sino también a la fragmentación familiar. Para ello, se podrán utilizar los recursos estatales y comunitarios ya existentes.

Finalmente, resta por analizar una situación difícil que plantean las adolescentes en conflicto con la ley penal que a su vez son madres. En este supuesto pueden presentarse casos en los que se detecte un conflicto entre su propio interés superior –protegido por la CDN en razón de la edad– y el de su hija o hijo, particularmente en torno a la aplicación de medidas excepcionales como la permanencia temporal en ámbitos alternativos, sean o no familiares. Aquí se sugiere llevar a cabo acciones que apoyen la vinculación materno-filial, para promover el buen desarrollo de la adolescente como madre, como así también un crecimiento emocional positivo por parte de su hija o hijo,⁸⁹ sometiendo cualquier medida adoptada a un estricto escrutinio.

En cuanto a la recurrente victimización a la que se encuentran sometidas las niñas, es indispensable que las medidas de justicia juvenil restaurativa que se implementen respecto de ellas contemplen la eliminación de peligros inminentes, canalizándolos en caso de ser necesario por las vías legales que correspondan. Resulta poco realista imaginar que una adolescente que se encuentra en ese momento sometida a abusos físicos, psíquicos o sexuales pueda lidiar con un proceso de justicia juvenil de manera exitosa y lograr una reinserción social sostenible.

Más allá de estos supuestos graves, distintos autores han hecho hincapié en la importancia de implementar medidas y programas mediante los cuales las adolescentes puedan reconstruir su autoestima y confianza en sí mismas, como así también desarrollar o adquirir competencias, aptitudes y habilidades que les sirvan como herramientas para facilitar su desenvolvimiento en la sociedad.⁹⁰ En este punto aparece con claridad la necesidad de desarrollar, en conjunto con las adolescentes, planes individuales de trabajo que tengan expectativas realistas, en los que se establezcan metas tanto a corto como a largo plazo. Esta progresividad,

89. Walker, Sarah C., Muno, Ann; Sullivan-Colglazier, Cheryl, “Principles in Practices: A Multistate Study of Gender-Responsive Reforms in the Juvenile Justice System”, en *Crime and Delinquency*, vol. 61, N° 5, 2015, p. 752.

90. *Ibidem*, p. 751.

que es propia del desarrollo evolutivo de las niñas, también les permitirá, al ir alcanzando estos logros, crearse una imagen positiva de ellas mismas y fortalecer su sentido de la individualidad. Esto, a su vez, contribuirá a empoderarlas y evitar futuras revictimizaciones.

En cuanto a las relaciones con sus pares y su comunidad, las medidas a implementar deberían tender nuevamente a la promoción de relaciones vinculares positivas.⁹¹ Aquí se ha resaltado la utilidad de las intervenciones de tipo cognitivas dirigidas a reducir las concepciones negativas no solo de sí mismas sino también respecto de los demás,⁹² para permitir a la formación de vínculos de confianza que sirvan de apoyo para el desarrollo de la adolescente en la vida en sociedad.

En esta línea, teniendo en cuenta que se ha detectado como un factor de riesgo que muchas niñas en conflicto con la ley penal indican tener pocas amigas de su mismo género, el fomento de actividades con otras adolescentes de edad similar deviene de gran utilidad. Algunas experiencias en este sentido han sido los “Círculos de Chicas” (o “Girls’ Circles”),⁹³ que consisten en grupos de apoyo compuestos por adolescentes mujeres cuyo objetivo principal es establecer relaciones de confianza y sostén mutuo entre ellas.

También es importante crear nuevos vínculos en el orden comunitario o fortalecer aquellos que ya existan, incluyendo actividades que se desarrollen en ese ámbito, como por ejemplo en clubes barriales sociales o deportivos, o también en entidades religiosas a las que la niña esté afiliada.⁹⁴

Por su parte, aquellos profesionales que tengan a cargo el control del cumplimiento de las medidas restaurativas deben ser capacitados con enfoque de género para que puedan comprender que las niñas requieren de un tipo de seguimiento y un modo de vinculación que es distinto que los varones. Esto es primordial ya que muchos operadores se muestran frustrados con las niñas, llegando a referirse a ellas

91. *Ibidem*, p. 758. Nuevamente se hace hincapié en la psicoterapia relacional, pero no ya solamente involucrando a sus familiares directos.

92. Hubbard, Dana J. y Matthews, Betsy, *op. cit.*, p. 24.

93. Walker, Sarah C.; Muno, Ann; Sullivan-Colglazier, Cheryl, *op. cit.*, p. 750.

94. Hubbard, Dana J. y Matthews, Betsy, *op. cit.*, p. 24.

como demandantes, difíciles y caprichosas.⁹⁵ En efecto, la importancia que las niñas le adjudican a los vínculos incluyen aquellos que se dan dentro del sistema de justicia; por lo que los operadores deben estar entrenados para sostenerlos adecuadamente.

En otro orden de ideas, y en consonancia con lo señalado en el capítulo anterior respecto del fracaso escolar, es determinante que las medidas restaurativas incluyan apoyo escolar y el compromiso para un sostenido progreso académico; lo que a su vez contribuirá a que la niña fortalezca su autoestima y su independencia. Para favorecer esto, se ha destacado la utilidad de conectarla con adultos responsables dentro de la institución educativa (que pueden ser maestros o tutores) que la orienten, la acompañen y la hagan sentir segura tanto física como emocionalmente.⁹⁶

Por otro lado, para ser eficaz el proceso de justicia restaurativa deberá prever una instancia de diagnóstico y tratamiento para desórdenes físicos y psíquicos, con el objetivo de promover la salud y el bienestar general de las niñas. Así deberán ofrecerse terapias individuales y grupales según sus necesidades e intereses, a fin de tratar posibles padecimientos en la salud mental que puedan acarrear luego a la adultez.⁹⁷ Además, será útil robustecer en las niñas la conciencia del cuidado de su propio cuerpo, a efectos de repensar prácticas que puedan colocarlas en situación de mayor vulnerabilidad, o causarles enfermedades de transmisión sexual o embarazos no deseados. Todo ello servirá también para generar una mayor autoestima y seguridad en sí mismas.

A su vez, teniendo en cuenta que muchas niñas se sienten impotentes en razón de su situación de vulnerabilidad producida por la pobreza, el abuso y maltrato físico, y la desintegración familiar y comunitaria,⁹⁸ deben hacerse esfuerzos especiales para contribuir al empoderamiento de las mismas. Recuperar el control sobre sus vidas y transformarse en las protagonistas y principales decisoras implica correrlas de una posición de debilidad, contribuir a la responsabilización

95. Sherman, Francine, *op. cit.*, p. 1586; Bodelón González, Encarna; Aedo Rivera, Marcela, “Las niñas en el sistema de justicia penal”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 49, 2015, p. 29.

96. Hubbard, Dana J.; Matthews, Betsy, *op. cit.*, p. 24.

97. Leve, Leslie D.; Chamberlain, Patricia; Kim, Hyoun K., *op. cit.*, p. 16.

98. Walker, Sarah C.; Muno, Ann; Sullivan-Colglazier, Cheryl, *op. cit.*, p. 751.

por sus propios actos y dotarlas de herramientas nuevas para afrontar las situaciones difíciles que sin duda encuentren a lo largo de su vida; lo que constituye uno de los pilares de la mediación penal juvenil. Ahora bien, hacer esto desde una perspectiva de género implica reconocer las desigualdades actualmente existentes respecto de las mujeres y las niñas, pero también comprometerse con la puesta en práctica de programas y procesos que favorezcan el ejercicio pleno de sus derechos.

Por último, no queda más que destacar la importancia de asegurar lo que ha sido definido por varios autores como un *continuum* de cuidado,⁹⁹ mediante el cual se desarrollen prácticas destinadas a la protección integral de las niñas a lo largo de todo el tiempo que se encuentren vinculadas al sistema penal juvenil. Este principio debe aplicarse también en procesos restaurativos.

Lineamientos generales

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores, se concluye que para analizar las relaciones de género en la justicia penal juvenil es necesario reconocer cuatro puntos fundamentales: a) que los derechos de las niñas se encuentran insuficientemente reconocidos en nuestros sistemas jurídicos, b) que existe una problemática específica relativa a los derechos de las niñas en ese ámbito, c) que el sistema penal juvenil sigue ejerciendo control fundamentalmente respecto de sujetos de sexo masculino ya que la censura social de las niñas se ejerce principalmente a través de otros mecanismos de control social, y d) que la realidad de las niñas importa altas dosis de violencia estructural.¹⁰⁰

Partiendo de allí, a la hora de implementar la justicia juvenil restaurativa en conflictos en los que se vean involucradas niñas, deviene necesaria la adopción de medidas específicas que hagan foco en desarticular los mayores problemas a los que ellas se enfrentan, y que también contribuyan a su empoderamiento.

En este sentido, se encuentra reconocido que los procesos de justicia juvenil restaurativa difieren de la justicia restaurativa tradi-

99. *Ibidem*, p. 759.

100. Bodelón González, Encarna; Aedo Rivera, Marcela, *op. cit.*, p. 2.

cionalmente entendida en tanto no se focalizan exclusivamente en la reparación del daño causado a la víctima, sino también en la responsabilización por el hecho y la reintegración social del adolescente. A su vez, en el caso de las niñas la justicia juvenil restaurativa debe ser utilizada como un instrumento de acceso a la justicia diseñado no solo para evitar la reiteración de conductas delictivas, sino para empoderar a las niñas y mejorar su calidad de vida de manera integral.¹⁰¹ Para ello, es intrínsecamente necesario profundizar en la investigación de los factores de riesgo y protección específicos de las niñas en el sistema penal, como así también la eficacia de las intervenciones o programas que se implementan a su respecto.

En cuanto a los programas con enfoque de género que se han mencionado en los apartados anteriores, se han reconocido dos dificultades en su implementación consistentes, por un lado, en su sustentabilidad a mediano y largo plazo, ya que generalmente hay un escaso número de niñas dentro del sistema. Esto desincentiva a los gobiernos a invertir dinero en el desarrollo de nuevas iniciativas. Por el otro, se ha mencionado la inhabilidad para identificar y evaluar programas promisorios, a causa de esta misma circunstancia.¹⁰²

Sin embargo, el reconocimiento de las niñas como sujetos de derecho y la manda convencional del artículo 3 CDN –a lo que se suma el amplio *corpus juris* internacional– deben ser el norte de las políticas públicas que se adopten en los distintos sistemas de justicia con respecto a las niñas en conflicto con la ley penal; cuya invisibilidad no puede seguir sosteniéndose en el tiempo en desmedro de sus derechos.

Por último, frente al gran desafío que se plantea respecto de las niñas inmersas en el sistema penal juvenil, no queda sino acogerse a las palabras de Tamar Pitch: “No se trata de la paridad en el mundo dado, sino de reconstruir un mundo que reconozca la existencia de dos sujetos”.¹⁰³

101. Hubbard, Dana J. y Matthews, Betsy, *op. cit.*, p. 10.

102. Walker, Sarah C.; Muno, Ann; Sullivan-Colglazier, Cheryl, *op. cit.*, p. 746.

103. Pitch, Tamar, “Sexo y género de y en el derecho: El feminismo jurídico”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, N° 44, 2010, p. 2.

Bibliografía

ÁLVAREZ RAMOS, Fernando, “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, en *International E-Journal of Criminal Sciences*, Artículo 3, N° 2, 2008.

AMERICAN BAR ASSOCIATION & NATIONAL BAR ASSOCIATION, “Justice by gender: The lack of appropriate prevention, diversion and treatment alternatives for girls in the justice system”, en *William & Mary Journal of Women and the Law*, Washington DC, 2001.

BELOFF, Mary, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, en *Revista Electrónica, Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, N° 19, 2017.

BEYER, Marty, “Delinquent Girls: A Developmental Perspective”, en *Kentucky Children’s Rights Journal*, 2001.

BEYER, Marty; BLAIR, Gillian; KATZ, Sarah; SIMKINS, Sandra y STEINBERG, Annie, “A Better Way to Spend \$500,000: How the Juvenile Justice System Fails Girls”, en *Wisconsin Women’s Law Journal*, XVIII, 1, 2003.

BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna y AEDO RIVERA, Marcela, “Las niñas en el sistema de justicia penal”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 49, 2015.

COALITION FOR JUVENILE JUSTICE. SOS PROJECT, “Girls. Status Offenses and the Need for a Less Punitive and More Empowering Approach”, en *Emergency Issues Policy Series*, N° 1, 2013.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Desde la modesta propuesta de J. Swift a las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños*, Alicante, Doxa, N° 15-16, vol. II, 1994.

GILLIGAN, Carol, *In a different Voice: Psychological Theory and Women Development*, Harvard University Press, 1982.

HERRERA, Verónica M. y MCCLOSKEY, Laura A., “Gender differences in the risk for delinquency among youth exposed to family violence”, en *Child Abuse and Neglect*, vol. 25, N° 8, 2001.

HOEHN, Laurel A., “Double Standard: The Inequality of Treatment for Female Juvenile Offenders”, en *Journal of Juvenile Law*, University of La Verne College of Law, vol. 24, 2004.

HUBBARD, Dana J. y MATTHEWS, Betsy, “Reconciling the Differences Between the ‘Gender-Responsive’ and the ‘What Works’ Literature to Improve Services for Girls”, en *Crime & Delinquency*, vol. 54, N° 2, 2008.

JACKSON, Chantelle y PERLAKY, Mark A., “Problems for females in the Juvenile Justice System: What Is Happening and What Can Be Done?”, en *DCBA Brief*, vol. 20, julio de 2008.

LEVE, Leslie D.; CHAMBERLAIN, Patricia y KIM, Hyoun K., “Risks, Outcomes, and Evidence-based Interventions for Girls in the US Juvenile Justice System”, en *Clinical Child and Family Psychology Review*, vol. 18, N° 3, 2015.

LÓPEZ GALLEGO, Laura, “Proceso de reflexividad en un contexto de privación de libertad de adolescentes mujeres”, en *Psicología & Sociedade*, vol. 26, N° 3, 2014.

NCCD CENTER FOR GIRLS AND YOUNG WOMEN, “Getting the Facts Straight about Girls in the Juvenile Justice System”, 2009.

PITCH, Tamar, “Sexo y Género de y en el Derecho: El feminismo jurídico”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, N° 44, 2010.

SEDLAK, Andrea J. y MCPHERSON, Karla, “Survey of Youth in Residential Placement: Youth’s Needs and Services”, en *Westat*, Rockville, 2010.

SHERMAN, Francine, “Justice for Girls: Are We Making Progress?”, en *UCLA Law Review* 59, N° 6, 2012.

SHERMAN, Francine y BALCK, Annie, "Gender Injustice. System-Level Juveniles Justice Reforms for Girls", 2015. Disponible en: www.nationalcrittenton.org/gender-injustice

SNYDER, Howard N. y SICKMUND, Melissa, "Juvenile Offenders and Victims: 2006 National Report", Washington DC, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2006.

TUNÓN, Ianina, *Diferentes representaciones de la pobreza infantil en la Argentina (2010-2017). Documento de investigación*, Buenos Aires, Educa, 2018.

WALKER, Sarah C.; MUNO, Ann y SULLIVAN-COLGLAZIER, Cheryl, "Principles in Practices: A Multistate Study of Gender-Responsive Reforms in the Juvenile Justice System", en *Crime and Delinquency*, vol. 61, N° 5, 2015.

ZAHN, Margaret, "The causes of girls' delinquency and their program implications", en *Family Court Review*, vol. 45, N° 3, 2007.

ZAHN, Margaret; DAY, Jacob C.; MIHALIC, Sharon F. y TICHAVSKY, Lisa, "Determining What Works for Girls in the Juvenile Justice System: A Summary of Evaluation Evidence", en *Crime & Delinquency*, vol. 55, N° 2, 2009.

Implementación de prácticas restaurativas en el Proceso Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires*

Alejandra Quinteiro**

Introducción

La Convención Internacional de los Derechos del Niño introduce el concepto de Justicia Juvenil estableciendo que todos los niños, niñas y adolescentes sobre quienes se alegue que han infringido leyes penales tienen derecho a recibir un trato respetuoso de sus derechos humanos. La Justicia Restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes.

Sobre estas prácticas, la Ciudad de Buenos Aires ha sido pionera estableciendo en el procedimiento penal juvenil vías alternativas a la resolución del conflicto: mediación y remisión.

Lineamiento normativo

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹ es un tratado Internacional de las Naciones, donde se establece que los niños tienen los mismos derechos que los adultos y capacidades acorde a

* La presente publicación contiene fragmentos de la tesis final presentada para la obtención del Certificado de estudios avanzados en Justicia Juvenil dictada por el “Centre Interfacultaire en Droits de l’Enfant” (CIDE) de la Universidad de Ginebra.

** Especialista en Derecho Penal (UP). Especialista en Justicia Restaurativa por la Universidad Católica Lovaina, Bélgica. Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bologna, Italia. Realizó la capacitación en Justicia Restaurativa para la Justicia Penal Juvenil dictada por el “Centre Interfacultaire en Droits de l’Enfant” (CIDE) de la Universidad de Ginebra. Se encuentra a cargo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Exfiscal para actuar ante el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro (Distrito Pilar).

1. En adelante CDN.

su etapa evolutiva. Son tomados como sujetos de derecho, se les otorga el ejercicio de la ciudadanía, dependiendo de su capacidad para implicarse en las cuestiones que les atañen, asumiendo las obligaciones inherentes al cumplimiento de deberes.

La CDN está integrada por un conjunto de principios para el resguardo de la infancia y los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Se aprobó en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos. Su ratificación por más de veinte países ocurrió menos de un año después, lo que la convierte en el tratado de derechos humanos más ratificado.² Por lo tanto, los Estados que se adhieren a la convención se comprometen a cumplirla. En virtud de ello, los países deben adaptar su marco normativo a los principios de la CDN y destinar todos los esfuerzos que sean imperiosos para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos.³ La convención está compuesta por cincuenta y cuatro (54) artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno; el derecho de las personas menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. Por lo tanto, es el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

En América latina implicó un cambio importante en el marco de lo político, histórico y social.

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación a la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como “modelo tutelar”, “filantrópico”, “de la situación irregular” o “asistencialista”, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba las prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas.⁴

2. Beloff, Mary, *Los derechos de los niños en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª reimp, 2008, p. 2.

3. Fallos: 315:1492, “Ekmekdjian c/ Sofovich”, sentencia del 07/07/1992, en el que se sostuvo que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional consistente en que todos los órganos del Estado –administrativos o jurisdiccionales– apliquen ese instrumento siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas que hagan posible su aplicación inmediata.

4. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit., p. 4.

La Doctrina de la Situación Irregular constituía un instrumento ideológico y político del proyecto de “governabilidad” sobre los niños y adolescentes de las mayorías populares que los constituiría en “menores, objetos de intervención”,⁵ que tendría tanto en la Tutela como en el Patronato los soportes que justificarían su hegemonía. Tutela en sentido de protección y lo correccional en sentido de curación constituyeron una suerte de andamiaje sobre el que se montarían las políticas dirigidas a los sujetos que, al decir de Luis Agote, eran “peligrosos” y constituían una amenaza hacia el resto de la sociedad. La relación de tutela instituía una comunidad en la dependencia y por ella. El benefactor y quien quedaba obligado a él formaban una sociedad, el vínculo moral era un lazo social, entre inferiores y superiores.

Durante varios siglos los niños fueron sometidos al mismo procedimiento legal y judicial que los adultos, principalmente por los delitos cometidos, ya que eran sancionados de la misma forma; sancionados fundamentalmente con la privación de libertad. Hacia fines del siglo XIX surge la idea de que el Derecho Penal debía ser para los adultos, mientras los/las niños/as y adolescentes en conflicto con la ley penal debían recibir una consideración jurídica diferente, mediante la creación de legislaciones con un tratamiento exclusivo para menores de edad. Estas ideas de protección, hoy conocidas como la Doctrina de la Situación Irregular, abrieron la posibilidad de problematizar nuevos espacios y legitimaron luchas: escuchar a los niños, hacerlos partícipes de las decisiones sobre sus propias vidas, el reconocimiento de la igualdad en el trato de varones y mujeres, la desjudicialización del tratamiento de los problemas asistenciales (debiendo el Estado intervenir mediante la concreción de políticas sociales), la internación como medida en última instancia, debiéndose recurrir a otras alternativas (como la libertad vigilada), la asistencia letrada a todo/a niño/a en procedimientos judiciales y administrativos, etcétera.

En su artículo 1º la CDN considera al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.⁶ Asimismo, la

5. García Méndez, Emilio, “La cuestión de la infancia: entre el autoritarismo y la democracia”, en Guemureman, Silvia y Daroqui, Alcira, *La Niñez Ajusticiada*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2001.

6. Convención de los Derechos de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/12/1989.

convención considera al niño como sujeto de derecho, ya que los reconoce en plena etapa de desarrollo y crecimiento. “Una salida que se ha explorado y que algunos consideran como implícita en la CDN es el concepto de ‘autonomía progresiva’: el niño, por la ‘evolución de sus facultades’ va adquiriendo autonomía para el ejercicio de sus derechos”.⁷

El artículo 3 de la CDN⁸ consagra el principio “el interés superior del niño”, entendiendo este como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar el desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar al máximo el bienestar posible. Este artículo tiene su preámbulo en el derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Por lo tanto, este principio favorece la protección de los derechos del niño, y el lugar central que debe ocupar en la Convención.

Por cierto, la Convención permite imponer a los derechos del niño límites destinados a asegurar la “protección especial” que necesitan:

... es un contrato en el que toda la comunidad internacional [...] se ha puesto de acuerdo respecto del estándar mínimo de tratamientos de la infancia, y se obliga a respetarlo, de modo que cuando un país no cumple con el tratado puede ser responsabilizado y sancionado internacionalmente por ello.⁹

La CDN introduce el concepto de Justicia Juvenil estableciendo que todos los niños, niñas y adolescentes sobre quienes se alegue que han infringido leyes penales tienen derecho a recibir un trato respetuoso de

7. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit., p. 14.

8. Convención de los Derechos de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/12/1989. Artículo 3. (1) En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (2) Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (3) Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

9. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit., p. 12.

sus derechos humanos, a gozar de las garantías de un debido proceso, a ser informado de los cargos que pesan sobre ellos y a contar con asistencia letrada para su defensa. Siempre que sea posible y apropiado deberá evitarse recurrir a la justicia y a la institucionalización de los niños, debiendo privilegiar otras medidas de resolución de conflictos. En esa línea, el artículo 37(b) de la CDN dispone en su parte pertinente que “La detención, encarcelamiento y/o prisión de un niño se utilizará tan solo como último recurso y por el período más breve que proceda”. Antes de ser añadido a la Convención durante la reunión de revisión técnica, en diciembre de 1988, este principio o derecho solo figuraba en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia o “Reglas de Beijing”.¹⁰ El artículo 40 de la CDN, sobre la justicia de menores, también contiene algunas disposiciones inspiradas directamente por las Reglas de Beijing, entre ellas el inciso 3(a) sobre la conveniencia de establecer una edad mínima para la presunción de la incapacidad penal total; el inciso 3(b), sobre la conveniencia de mecanismos de remisión para evitar la adjudicación cuando sea posible, y el inciso 4, sobre las medidas alternativas a la institucionalización del menor.

En palabras de Mary Beloff, “La convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que han suscripto”.¹¹

En los últimos períodos se han aprobado diferentes instrumentos jurídicos en concordancia con una creciente inquietud para originar y salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a nivel mundial.

Amparadas por las Naciones Unidas en 1985, las Reglas de Beijing fundan una orientación para los Estados, en vistas de resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y responder a sus necesidades, mediante la transformación de procedimientos específicos para la administración de la justicia. Las Reglas de Beijing conforman el primer instrumento jurídico internacional que comprende medidas y normas especializadas para la administración de la justicia de menores, teniendo en cuenta sus derechos y su desarrollo evolutivo y personal. Instituyen sugerencias, algunos de sus elementos se encuentran

10. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/33 aprobada el 29/11/1985.

11. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit.

contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el cual es un compromiso universal y vinculante para todos los Estados que la ratificaron.

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)¹² reconocen la necesidad de una justicia especializada para personas menores de edad. Concretamente la Regla 1.4 establece:

... la justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.¹³

La Corte IDH, en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” estableció que

Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal...¹⁴

Por su parte, Mary Beloff¹⁵ sostiene que la Corte IDH sostuvo en este caso que la jurisdicción especial para niños infractores, como sus leyes y procedimientos, deben tener, entre otras, las siguientes características:

1. La posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (diversión).
2. En el caso de que un proceso judicial sea necesario, la existencia de diversas medidas que puedan ser adoptadas por la autoridad judicial (como el asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, el control respecto de la for-

12. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/33 aprobada el 29/11/1985.

13. Ídem.

14. Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, n° 112, citado en Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 2019.

15. Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, op. cit.

ma de tomar el testimonio del niño y la regulación de la publicidad del proceso).

3. El reconocimiento de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de la justicia de niños.
4. El aseguramiento de que quienes ejerzan estas facultades estén especialmente preparados y capacitados en temas relacionados con “los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.”¹⁶

Por su parte tanto el Comité de los Derechos del Niño, concretamente la Observación General N° 10 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁷ establecen un sistema diferenciado y especializado de Justicia, en lo que respecta a jóvenes en infracción con la ley penal, al establecer que los tradicionales objetivos de la justicia penal de represión/castigo deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restaurativa.

Mary Beloff¹⁸ sostiene que la CIDH reiteró suposición en el sentido de que la distinción de trato entre niños y adultos que debe asegurarse en el “ámbito penal” se funda en sus diferencias de desarrollo físico y psicológico, así como en sus necesidades emocionales y educativas.¹⁹

Así es como resalta lo establecido por el tribunal:

... si 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 las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. En tal sentido, el artículo 5.5 de la Convención Americana señala que, *cuando los menores puedan ser procesados, deben ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para*

16. Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, op. cit., p. 186.

17. Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 5.5 y 40.3, 1969.

18. Beloff, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, op. cit., p. 192.

19. Cfr. Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Cap. III, nota 38, párr. 145. En similar sentido, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, citada *supra*, nota 249, párr. 10.

su tratamiento. Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo.²⁰

La Justicia Penal Juvenil cuenta con más facultades discrecionales que los mecanismos de resolución de conflictos habilitados procesalmente para el derecho penal de adultos.

Finalmente, la Regla 6.3,²¹ al hacer referencia al alcance de las facultades discrecionales, estipula: “los que ejerzan esas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”. A su vez, en la Regla N° 22²² se consagra la necesidad de contar con personal especializado y capacitado en la materia. Específicamente se establece: “Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio...”.²³ De igual modo, desarrolla el concepto del principio de especialización Carlos Tiffer al plantear que “el Derecho Penal Juvenil tiene que estar enfocado principalmente en el personal a cargo de los órganos e instituciones que se ocupan de la intervención de los menores acusados de infringir la ley penal”.²⁴

Cada Estado establece cuáles infracciones y delitos deben ser considerados para emplear medidas alternativas a los procedimientos judiciales. Hoy en día varios países del mundo están aplicando dichas

20. Corte IDH, caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondos y Reparaciones, citado *supra*, Cap. III, nota 38, párr. 146, destacados agregados.

21. Ídem.

22. Ídem.

23. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, *op. cit.*

24. Tiffer, Carlos, “Principios de especialidad en el Derecho Penal Juvenil”, en AA. VV., *Reflexiones sobre el Sistema de Justicia Penal Juvenil*, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Jusbairens, 2007, p. 55.

medidas para impedir constituir procedimientos penales contra los/las niños/as y adolescentes. El Comité de la CRC²⁵ en su Observación General N° 10 añade que los delitos leves deberían ser considerados para aplicar medidas alternativas a los procedimientos judiciales.²⁶

Para continuar dándole un marco legal a la justicia juvenil a nivel internacional es preciso mencionar las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad),²⁷ acordada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución N° 45/112 del 14 de diciembre del 1990. Cabe aclarar que dichas Directrices, aunque no se determinan por su valor vinculante para los Estados que las conforman, se pueden considerar de elevado beneficio por los principios que fundan.

En relación a la administración de justicia de menores, en su artículo 37 inc. b)²⁸ la CDN consagra la sanción como *ultima ratio*; en ese sentido, se puede determinar que la privación de la libertad para los adolescentes que infrinjan la ley penal resulta excepcional y como último recurso, cuando no exista otra alternativa, y por un período mínimo solo deberá recluírse a los jóvenes en instituciones de Regímenes Cerrados por causas graves.

En síntesis, las directrices forman los cánones para la prevención de la delincuencia juvenil y conforman medidas de protección para los jóvenes descuidados, abusados, o que estén en una situación de extrema vulneración social. Una de las funciones de estas directrices es que a los jóvenes les corresponde ejercer un rol de participación en forma activa en la sociedad.

Los programas y dispositivos relacionados con la temática penal juvenil tienen que centrarse en el bienestar de los adolescentes. También garantizar los derechos e intereses de los jóvenes. La prevención

25. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los Derechos de los Niños en la Justicia de Menores, 25/04/2007. Referencia: CRC/C/GC/10.

26. *Ibidem*, párrafo 24.

27. Resolución N° 45/112, aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14/12/1990.

28. Art. 37 b) "La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". Convención de los Derechos de los Niños. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/12/1989.

de la delincuencia en adolescentes tiene que ser parte fundamental de la prevención del delito en las comunidades.

Estas series de reglas son las pautas que dan lugar a una evolución positiva para la justicia de menores, a través de tres etapas: 1. Aplicación de medidas en el ámbito social para prevenir la delincuencia de menores y protegerlos de ella (Directrices de Riad);²⁹ 2. Instaurar un sistema judicial específico para menores en conflicto con la ley (Reglas de Beijing);³⁰ 3. Salvaguarda de los derechos fundamentales y tomar medidas que permitan la reinserción de los jóvenes tras su privación de libertad (Reglas de MPL).³¹

Si bien Argentina se suma a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) en 1989, recién a fines de 2005 culmina el proceso de adecuación de la normativa nacional a ese tratado con la sanción de la Ley N° 26061.³²

La aprobación de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes dejó formalmente atrás el Patronato, un régimen que durante un siglo convirtió cualquier problema social de los jóvenes en una cuestión judicial; es aquí donde entró en una transición hacia una nueva era en la que las políticas públicas priman sobre los tribunales de menores de la Argentina.

Dicha ley trae en su discurso como política hacia la infancia un planteo diferente en relación a la consideración del menor: pasa a ser un niño, niña o adolescente, buscando su interés superior, y especificando que ante conflictos de derechos prevalecerá el de los niños/as, siendo así considerados como sujetos de derechos.

En paralelo, la Ciudad de Buenos Aires sanciona la Ley N° 114 en el año 1998, que declara la inaplicabilidad de la Ley N° 10903 en todo lo que se contraponga a la CDN. La ley local tiene por objeto la protección de los niños, las niñas y los adolescentes y propone una nueva concepción

29. Resolución N° 45/112, citada *supra*.

30. Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985.

31. Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

32. Ley Nacional N° 26061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sanción: 28/09/2005, promulgación: 21/10/2005, publicación BO N° 30767 del 26/10/2005.

de la infancia que conduce a pensar a los niños como sujetos plenos de derechos y define que la responsabilidad de los adultos y del Estado es garantizar el cumplimiento de estos derechos. Asimismo, garantiza explícitamente el derecho a la atención integral para los niños, y debe asegurar el acceso gratuito, universal e igualitario a la atención integral de la salud.

Las Reglas de Beijing establecen que “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir al juicio formal”; esta medida también considera el escenario de muchos Estados en los que el tribunal puede concluir en todo momento la derivación de la causa. En este sentido, sin circunscribir la aplicación de la remisión de casos a la fase previa al juicio, constituye una salvaguarda adicional para el niño. Las autoridades competentes de cada Estado tienen la potestad de decidir las medidas alternativas. Mientras que en ciertos Estados la figura policial es la que puede decidir acerca de la remisión de casos, en otros países esta competencia le corresponde al fiscal y/o tribunal de justicia. Como bien se puede apreciar en la regla 11.4 de Beijing, que recomienda que “se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad”.³³

El artículo 40 3b) de la CDN solicita que al usar medidas alternativas, no judiciales tales como la derivación, se respeten plenamente los derechos humanos. Por consiguiente, las autoridades competentes deben vislumbrar, ante las medidas alternativas, los aspectos principales y relevantes relacionados con el niño y los delitos cometidos para así hallar las medidas alternativas más justas, teniendo en cuenta su edad y el momento emocional en que se encuentra, como así también el delito determinado.

Según el Comité de la CRC en su Observación General N° 10³⁴ sugiere que las medidas alternativas a los procedimientos judiciales corresponden ser posibles y esgrimidas cuando haya pruebas evidentes de que el niño ha cometido un delito. Asimismo, el Comité subraya la necesidad de que el niño/a preste su consentimiento a la medida de derivación,

33. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Sup. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53, 1985.

34. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los Derechos de los Niños en la Justicia de Menores, *op. cit.*

libre de las influencias de terceros involucrados. El niño/a debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión de caso.

El párrafo 1.3 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal³⁵ establece la justicia restaurativa como el proceso

... en que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un crimen, participan en conjunto de manera activa para resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con la ayuda de un facilitador.³⁶

El párrafo 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal manifiesta que la reparación significa que se ha alcanzado un arreglo como consecuencia del proceso penal en el ámbito de la justicia restaurativa.

El comité de la CRC en su Observación General N° 10³⁷ aclara que ... aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un “registro de antecedentes penales”, y no deberá equiparse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.³⁸

La Ley N° 26061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes”, y su par local la Ley N° 114 “Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”³⁹ de la Ciudad de Buenos Aires, dan cuenta de la obligación y necesidad de una justicia especializada para niños, niñas y adolescentes; asimismo, ambas enumeran las garantías procesales para los jóvenes presuntamente infrac-

35. Resolución del Consejo Económico y Social, Principios Básicos sobre el Uso de los Programas de Justicia Restaurativa en Asuntos Penales, 24 de julio de 2002 (Resolución de ECOSOC 2002/12).

36. *Ibidem*, párrafo 2.

37. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los Derechos de los Niños en la Justicia de Menores, *op. cit.*

38. *Ibidem*, párrafo 27.

39. Ley N° 114, sanción: 03/12/1998, promulgación: 04/01/1999, publicación: BOCBA N° 624 del 03/02/1999.

tores de la ley y la creación de organismos especializados para lograr su efectiva instrumentación.

La reforma constitucional operada en 1994 reconoció la autonomía política plena de la Ciudad de Buenos Aires, estableciendo un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción conforme lo establece su artículo 129.⁴⁰ Esa falta de reconocimiento de la Ciudad como ente autónomo generaba una situación desigual entre los porteños y el resto de los habitantes de la Nación, al no permitírseles elegir a sus propias autoridades, administrar sus recursos, dictar sus normas y establecer su propio sistema de justicia.

Sin embargo, a más de 20 años de haberse sancionado dicha reforma, la posibilidad de ejercer plenamente las facultades jurisdiccionales aún forma parte de un proceso inconcluso, resultando imperioso garantizar la igualdad de los porteños con los habitantes de las demás provincias argentinas, a través del reconocimiento efectivo de la plena autonomía de la Ciudad y la vigencia de la Constitución Nacional.

En el año 2007 se sanciona la Ley Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2451),⁴¹ la cual se aplica a todas las personas que tengan entre 16 y 18 años no cumplidos al momento de ocurrir los hechos materia de una investigación penal.⁴² Establece los principios y garantías del proceso donde no solo regula el procedimiento a seguir frente a la comisión de hechos delictivos cometidos por personas menores de edad, sino que regula el procedimiento a seguir donde las personas menores de 18 años de edad sean víctimas o testigos.

Alternativas a la sanción en el procedimiento juvenil de la Ciudad de Buenos Aires

La Justicia Restaurativa

... es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes.

Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones

40. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada el 01/10/1996.

41. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, sanción: 03/10/2007, promulgación de hecho: 08/11/2007, publicación: BOCBA N° 2809 del 13/11/2007.

42. *Ibidem*, art. 1.

en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos.⁴³

Existe una corriente de pensamiento que cuestiona fuertemente el sistema penal tradicional, especialmente 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 procedimientos 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.

Un *proceso restaurativo* se define como todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.⁴⁴

Es una forma de entender y tratar los conflictos, la violencia y los delitos que involucran a los adolescentes. Es un proceso que promueve la participación activa de todos los involucrados en el conflicto.

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.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento de la Organización de Naciones Unidas, comienzan a desarrollarse Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal cada cinco años. Los primeros en lo esencial, sentaron las bases para la construcción de la corriente restaurativa en materia penal. En dichos congresos se analizaron, entre otras cosas, las relaciones entre delincuencia y desarrollo social; y se reconoció que la preven-

43. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Serie de Manuales sobre Justicia Penal*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006.

44. Ídem.

ción 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 tuvieran una participación efectiva tendiente al desarrollo de sociedades pacíficas.

La Justicia Restaurativa consiste en un proceso en el que todos los afectados por la injusticia tienen la oportunidad de reunirse a analizar dicha injusticia y ver qué herramientas se pueden utilizar para sanarla.

Implica una variedad de prácticas y de procesos donde las partes resuelven, conjuntamente, cómo abordar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. Buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional.

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.⁴⁵

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.

Las experiencias de muchos países muestran que la mayoría de las víctimas y de los infractores toman parte del proceso de Justicia Restaurativa, si se les ofrece dicha oportunidad. 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

45. 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.

miedo al crimen entre las víctimas y disminuyen la reincidencia, tanto en la comisión de contravenciones o faltas como delitos.⁴⁶

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no hace mención expresa del término “justicia restaurativa”, concepto posterior a ella, el artículo 40 inciso 3(b) expresa que “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 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 el cumplimiento de los acuerdos arribados, son cuestiones relativamente novedosas.

Estas prácticas intentan dar respuestas al delito de un modo más constructivo que las respuestas 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, quebrando 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.

Virginia Domingo sostiene que una de las definiciones más acertadas sobre Justicia Restaurativa es la que brinda Naciones Unidas; así, dice que es una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y pro-

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

mueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad.⁴⁷

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establecen como uno de sus objetivos “una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.⁴⁸

El Consejo Económico y Social, en su Resolución N° 2002/12, entiende por “proceso restaurativo” a todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando se proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.

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.⁴⁹ 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.

Debería entenderse que la justicia restaurativa –pese a su denominación– no implica necesariamente una solución “blanda”.⁵⁰ En la

47. Domingo de la Fuente, Virginia, “La importancia de la Justicia Restaurativa para la Justicia Juvenil”, en AA. VV., *Aportes para una Justicia especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2018.

48. Reglas de Tokio, Regla 1.2, 1990.

49. Marshall, Tony, “Criminal mediation in Great Britain 1980-1996”, en *European Journal on Criminal Policy and research*, pp. 21-43, en Morris, Allison y Maxwell, Gabrielle (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Oregon, Hart, 2001, cap. 1, p. 5, citado en Bellof, Mary, “Justicia Restaurativa como Justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, en *Buenas Prácticas para una Justicia Penal Juvenil Especializada. II Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017, p. 96.

50. Christie, Nils, *A suitable amount of crime*, Londres, Routledge, 2004 (versión en español: *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 121-122),

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.⁵¹ Más allá de las diferentes teorías relacionadas con la distinción entre mecanismos formales y no formales de control social,⁵² lo cierto es que estos mecanismos alternativos e “informales” pueden ser muy duros y severos.

La aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos con adolescentes imputados penalmente, parece ser una alternativa adecuada para generar en ellos la responsabilidad por sus propias acciones y la conciencia de las consecuencias ante los demás, favoreciendo, en su reparación, una postura activa tanto de la víctima como del ofensor. Las vías alternativas de resolución de conflictos se presentan como una forma de trabajar para lograr una pacificación social que repare heridas y genere consensos de convivencia, reconciliando a las partes y posibilitando la reparación voluntaria del daño causado.

También contribuyen a la prevención, ya que han sido pensadas para evitar que los adolescentes entren innecesariamente en contacto

citado en Beloff, Mary, “Justicia Restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, en *Buenas Prácticas para una justicia especializada. II Jornadas Internacionales de justicia penal juvenil*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017, p. 97, nota al pie 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 aparato 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”.

51. Beloff, Mary, “Justicia Restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, *op. cit.*, p. 97.

52. Ver sobre el tema, entre otros, Cohen, Stanley, *Visiones de control social*, Barcelona, P.P.U. 1988; Pitch, Tamar, *Responsabilidades limitadas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, citado en Beloff, Mary, “Justicia Restaurativa como Justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, en *Buenas Prácticas para una Justicia Penal Juvenil Especializada. II Jornadas Internacionales de Justicia Penal Juvenil*, *op. cit.*, pp. 97-98.

con el sistema de justicia, generando una participación fundamental de la comunidad en la construcción de la respuesta al delito.

Sobre estas prácticas, la Ciudad de Buenos Aires ha sido pionera, estableciendo ya, desde la Ley N° 12,⁵³ diversas alternativas a la sanción, las que fueron ampliadas en el Régimen Procesal Penal (Ley N° 2303)⁵⁴ y en el Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley N° 2451).

Así, el artículo 25 del Régimen Procesal Penal Juvenil determina que la imposición de la pena a una persona menor de dieciocho (18) años de edad se supone como último recurso.

Por su parte, el artículo 53 establece como vías alternativas a la resolución del conflicto: a) la mediación y b) la remisión; para regular luego, en los artículos 54 a 74, la primera de ellas; y la segunda en el artículo 75.

También se consagra la suspensión de juicio a prueba,⁵⁵ que si bien tiene una naturaleza distinta, lo cierto es que brinda también una alternativa a la imposición de la sanción.

Remisión

El instituto de la remisión⁵⁶ se encuentra previsto en los artículos 53 inciso b y 75 de la Ley N° 2451, y es incorporado e implementado a la legislación Penal Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires, en correlación con la CDN.

Asimismo, el marco legal en que se plasmó la remisión encuentra su cauce en la reforma constitucional de 1994, que incorporó con jerarquía constitucional la CDN.⁵⁷ Dicho instrumento ha significado una nueva

53. Ley N° 12, Ley de Procedimiento Contravencional, sanción: 12/03/1998; promulgación: Decreto N° 267/998 del 13/03/1998; publicación: BOCBA N° 405 del 15/03/1998.

54. Ley N° 2303, Régimen Procesal Penal, sanción: 29/03/2007; promulgación: Decreto N° 632 del 30/04/2007; publicación: BOCBA N° 2679 del 08/05/2007.

55. Ley N° 2451 Régimen Procesal Penal Juvenil, arts. 76 y 77, 03/10/2007.

56. Remisión es traducción del vocablo *diversión*, que significa en inglés desviar el curso de un río para proveer a una granja. El uso de esta expresión en el ámbito de la justicia penal connota “uno de los modelos de desjudicialización”. Becerra, Carolina, “Remisión del caso en la justicia de la CABA y el testigo cómplice”, en AA. VV., *Justicia Penal Juvenil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, p. 79.

57. La CIDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, y ratificada por la República Argentina en 1990, e incorporada al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

visión sobre los derechos del niño, al que cambian el concepto de cómo se debe tratar a los niños, niñas y adolescentes.⁵⁸

Las Directrices de Riad,⁵⁹ en sus principios fundamentales, contemplan justicia alternativa, donde se busca excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a las niñas y a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana,⁶⁰ pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas.

En cuanto a la naturaleza y características propias del instituto, es dable destacar el antecedente que se encuentra receptado en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, donde en el artículo 11 sostiene que “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”.⁶¹

Tal como señala Mary Beloff:

... de la primera podría decirse que es la solución abolicionista. En estos casos, el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.⁶²

A su vez, la Regla N° 11.3 pone de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor delincuente con respecto a las medidas de remisión recomendadas.⁶³

58. Becerra, Carolina, *op. cit.*, p. 80.

59. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Resolución N° 45/112, 14/12/90.

60. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/69.

61. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, Artículo 11, 1.1. 1985.

62. Beloff, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal”, Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Proceso Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el primer semestre del año 2002, publicada con modificaciones en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, N° 1, Buenos Aires, 2005, pp. 97-112.

63. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Regla 11.3, 1985.

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. La Regla N° 11.4 recomienda que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. De ello sigue que su aplicación es prioritaria, su objeto fundamental es sustraer de la órbita judicial aquellos casos donde los menores infrinjan la ley penal, esto es aplicar el principio de no-judicialización a fin de evitar la estigmatización propia del sistema.

Al respecto, se ha entendido que teniendo en cuenta que es facultad del juzgado en el proceso penal de menores eximir de la aplicación de la pena, pese a haberse afirmado la responsabilidad de un imputado, nada impide acudir a una medida menos invasiva como la paralización de la tramitación de la causa a fin de verificar durante el plazo mínimo que establece la ley para el tratamiento tutelar, la necesidad o no de la pena, en forma anticipada al juicio. Ello redundará en un mayor beneficio para el joven quien podrá desvincularse de la imputación y evitar no solo en la estigmatización de la pena sino la del mismo proceso penal (JPM Paraná, Entre Ríos, 7/5/08, “Domínguez, Oscar Osvaldo”, causa n° 5057).⁶⁴

Asimismo, el marco legal en que se plasmó la remisión encuentra su cauce en la reforma constitucional del año 1994 que incorporó con jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.⁶⁵ Dicho instrumento ha significado una nueva visión sobre los derechos del niño, al que igualmente se adscriben otras normas de vigencia internacional y que cambian el concepto de cómo se debe tratar al niño, niña y adolescente.⁶⁶

64. Bartumeu Romero, Marcelo, “Suspensión del Proceso a Prueba”, en AA. VV., *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. 2, p. 555.

65. CIDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, ratificada por la República Argentina en 1990 e incorporada al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

66. Sala III en fallo “Legajo de prisión preventiva en autos G.L.O s/Infrac. Art. 189 bis CP.

La Convención fue precedida por un movimiento internacional por la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y es el pilar fundamental de un nuevo modelo jurídico-social denominado Protección Integral de los Derechos del/la Niño/a o Modelo de Naciones Unidas para la Protección Integral de la Infancia.⁶⁷

Después de finalizada la década del 80, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Convención del Niño, es que se afirma de forma explícita que las personas menores de 18 años son sujetos de derechos, y sienta las bases que deben tener un tratamiento especial cuando se encuentren en conflicto con la ley penal.

En ese sentido, la CDN opera como un ordenador de las relaciones entre el/la niño/a, el Estado y la familia, a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del estado⁶⁸ y ubicando como objetivo prioritario la protección integral de la niñez.

Es decir, los/as niños/as son sujetos titulares de derechos, gozando de los mismos derechos que los adultos más un plus de derecho por su condición de tales.⁶⁹ Son titulares del derecho al debido proceso, al principio de legalidad y reserva, como así se encuentran amparados por el sistema de derechos y garantías en materia penal, cuya piedra angular es el artículo 18, como así todos los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por ello, con la adopción de la convención en la comunidad jurídica internacional se eliminó la plataforma jurídica en la que se sustentaba lo que se conoce por “situación irregular”, que consiste en la aplicación de un sistema protector a niños, niñas y adolescentes que se encontraban en “riesgo”, y para ello se negaban de forma sistemática sus derechos, utilizando como herramienta el Derecho Penal. Esto

67. En adelante MPI.

68. Desde un Estado donde el poder disciplinario se aplica a los cuerpos mediante técnicas de vigilancia, sanciones normalizadoras y la organización panóptica de las instituciones punitivas. Concepto de biopoder que se aplica globalmente a la población, a la vida y a los seres vivientes. Foucault, Michel, *Defender la Sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.

69. Gallego, Juan Pablo, *Niñez maltratada y violencia de género*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 113-114.

era lo que se entendía como sistema tutelar. Con la entrada en vigencia de los tratados internacionales ya mencionados se realizó un cambio de paradigma, y fue la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires la que recibió este último modelo,⁷⁰ como así la Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y el Régimen Procesal Juvenil de esta Ciudad de Buenos Aires –Ley N° 2451– que sigue con esta directriz en la cual se incorpora “la remisión”.

Tanto es así, que se adopta una nueva forma de entender y tratar los conflictos y los delitos que involucran a adolescentes mediante la justicia juvenil restaurativa.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de referirse específicamente a la CDN, en el caso “Niños de la calle” (Villagran Morales y otros), en que se aplicó el artículo 19 de la Convención Americana y utilizó el artículo 1° de la CDN como instrumento para fijar el alcance del concepto de “niño y niña”.

La CDN, al igual que las normas locales, entiende por niña, niño y adolescente a todo ser humano menor de dieciocho años, que tiene derechos y protección especial del Estado con específicos límites para el Estado. Tal es así que las niñas y niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.⁷¹

Como refiere la Corte Suprema de Justicia, partiendo de una premisa elemental de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. Lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado –como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”– de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto no implica desconocerles otros

70. La Constitución de la CABA reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, garantizándole su protección integral, como el deber de ser informados y escuchados.

71. CSJN, 07/12/05, “M., D.E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa N° 1174C. Del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. 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.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley N° 114 –Régimen Procesal Penal Juvenil⁷² entiende que interés superior del/la niño/a es el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos reconocidos, pero el “interés superior del/la niño/a”, no es una mera “tabula rasa” en la cual cada cual puede imprimirle su propia impresión, sino que se deberán tener en cuenta diversos estándares que permitan adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, al caso en concreto, que permiten su combinación con el dicho interés superior.

En este nuevo contexto en el que se inserta el RPPJ prevé expresamente una salida anticipada del proceso y alternativa al juicio: el instituto de la *Remisión*,⁷³ es decir no continuar con el proceso penal, resultando en franca consonancia con la normativas internacionales mencionadas y en armonía –dependiendo del caso y la respuesta brindada– con la búsqueda del “interés superior del/la niño/a”, ya que la norma prevé que el/la juez/a podrá resolver remitir a la persona menor de dieciocho años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de la familia y bajo el control de la institución que los realice, extinguiendo la acción.⁷⁴

En el ámbito local la remisión se encuentra regulada en el artículo 75⁷⁵ de la Ley N° 2451. Este instituto permite la remisión del joven

72. En adelante RPPJ.

73. Ley N° 2451. Título VIII. Vías alternativas de resolución de conflicto, art. 53. Formas. Inciso b) Remisión.

74. Kochen Schub, Ruth, “Alternativas de resolución del conflicto. Art. 75. Remisión. Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una mirada desde el Trabajo social”, en *Revista Debate Público, Reflexión de Trabajo Social*, Año 5, N° 9, 2015. Plantea el interrogante de si es correcto asociar la figura jurídica del “instituto de remisión” con la expresión “podrá resolver remitir al joven a programas comunitarios. Cabría la posibilidad de no intervenir, no derivar, no remitir, ni articular con ningún servicio social. Sobre todo cuando el/la joven tiene una red de contención y cuando viene participando de actividades para desarrollar su proyecto de vida.

75. Ley N° 2451, Art. 75: “Procedencia. 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

menor de dieciocho (18) años a programas comunitarios, apoyado por la familia y bajo el control de la institución que lo realice, dando por extinguida la acción. Es apelable por la parte que no esté de acuerdo con su procedencia.

También el legislador local ha excluido de la posibilidad de remitir a los jóvenes imputados de ciertos delitos, a saber, de la comisión de delitos contra la vida, entre otros.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto y a los fines de acceder al instituto de la remisión, cada juez/a deberá evaluar la aceptación y comprensión de las condiciones del instituto por los/las jóvenes durante una audiencia oral prevista en el régimen local, como observar la presencia o falta de vínculos familiares con posibilidades de acompañar a cada niño/a.

El instituto de la remisión del caso es la vía más compatible y conciliadora con los principios de la Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados ya que implica en este sentido reconducir el conflicto y el fin debe ser el interés superior del/la niño/a.

En este sentido, el proceso penal juvenil está contemplado conforme las reglas internacionales, nacionales y locales que rigen la materia, en base al criterio de mínima judicialización y permanente control por parte de los organismos administrativos –Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, los órganos judiciales y la Asesoría Tutelar–, todos encargados de velar por los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad.

Se protege especialmente la integridad de los/as adolescentes imputados/as y la celeridad del procedimiento, circunstancia que impone a los órganos judiciales el deber de actuar con la mayor diligencia posible.

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 lo 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 - Delitos 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”.

Asimismo, también 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.

El interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (característicos del sistema penal). En consecuencia, siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la CIDN.⁷⁶

En base a lo expuesto se impone necesariamente realizar la interpretación más restrictiva posible de las normas sancionatorias en juego a efectos de limitar hasta el máximo el poder punitivo del Estado en estos casos.

Asimismo, en caso de oposición por parte de la fiscalía, entiendo que se deben esgrimir consideraciones particulares o razones fundadas que sustenten su oposición,⁷⁷ ello teniendo en cuenta que la remisión resulta el medio más adecuado en cuanto a lograr que el/la joven comprenda e internalice la conducta imputada y no la reitere en el futuro; ello está íntimamente ligado a cuál es la respuesta judicial otorgada en cada caso y sobre todo al restablecimiento de la dignidad del/la joven.

La finalidad del instituto de remisión es básicamente que el/la niño/a no cargue con los efectos estigmatizantes de una eventual condena, como también administrar en mejor forma los recursos del sistema judicial conforme el artículo 11 de las Reglas de Beijing y los artículos 5 y 58 de las Directrices de las Naciones Unidas.

76. Cillero, Miguel, "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño ¿complemento o contradicción?", en García Méndez, Emilio (comp.), *Infancia y democracia en la Argentina*, Buenos Aires, Editores del Puerto-Ediciones del Signo, 2004, pp. 39 y 40.

77. De procederse a *contrario sensu*, la esencia y finalidad que persigue el instituto en cuestión quedaría limitada y circunscripta a la decisión incontrolada del MPF. Todo ello máxime cuando es dable destacar que el art. 75 no menciona que la remisión deba ser otorgada por la fiscalía o con su consentimiento.

De la misma manera, el bien jurídico protegido es la integridad de los/as menores. La remisión nos permite la desjudicialización del menor, quitándole el peso del estigma del/la considerado/a “delincuente” y mediante la tutela comunitaria, y dependerá en cada caso observar si las pautas ofrecidas por la defensa permitirían reparar el daño y demostrar el compromiso del/la joven respetando su dignidad como persona.

Desde el artículo 75 –RPPJ– para la aplicación de la remisión del caso se deberá tomar en cuenta: 1) el grado de responsabilidad, 2) el daño causado, así como 3) la reparación del mismo; no resultando el tratamiento o rehabilitación del/la niño/a, porque de esa forma se reiteraría la lógica del tratamiento tutelar que con estas reformas se quiso desterrar y se perdería la lógica de la reparación del daño.

En cuanto a la naturaleza del delito y la aplicación de la remisión, el artículo 75 *in fine* menciona de forma expresa cuándo no procederá este instituto –entiendo que sí–: cuando se trate de causas relacionadas a los siguientes delitos: los previstos en el Libro II del Código Penal, Título I (Capítulo I- Delitos contra la vida), 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.

Con lo cual, podemos pensar que respecto al resto de los delitos –hasta la fecha transferidos a esta Ciudad– deberían receptor este instituto de remisión ya que si el legislador hubiera querido excluirlos de la aplicación de la remisión lo hubiera hecho en forma expresa como lo hizo para delitos contra la vida, la sexualidad y lesiones en el seno familiar.

En la enumeración prevista en el último párrafo del artículo 75 se señalan los casos a los que no se podrá aplicar la remisión, infiriendo que la voluntad del legislador fue la de proteger a las víctimas que resultan presuntivamente más vulnerables frente a las circunstancias allí determinadas.

Por otro lado, este instituto menciona acuerdo entre imputado/a y la víctima. Sin perjuicio de este acuerdo, y conforme los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Acosta”, en cuanto a la oposición de la víctima a las salidas anticipadas al proceso, esta debe meritarse en su razonabilidad y fundamentación, nunca puede fundamentarse en un marco de reparación integral del daño,

sino de una restitución razonable, que deberá ser meritado por cada operador/a judicial desde los principios enumerados en este trabajo.

Por todo ello, el cambio de paradigma adoptado por las leyes locales debería guiar a cada operador/a judicial hacia la opción de otorgar una oportunidad de reinserción de los/as jóvenes, de sostenerlos desde la mirada del testigo cómplice,⁷⁸ a partir de este instituto reparador de la remisión ya que, como refiere Hulsman, el acceso que tenemos a nuestras propias angustias y nuestros propios deseos influye sobre la manera en que tenemos de comprender el mundo; y viceversa, utilizamos lo que aprendemos del exterior como clave para la explicación de la experiencia interior.⁷⁹ En virtud de ello, se trata de tener fe en las potencialidades de cada niña y niño; la presencia de dicha fe es lo que determina la diferencia entre educación y manipulación. Como refiere Fromm,⁸⁰ educación significa ayudar al/la niño/a a realizar sus potencialidades, y la fe en los demás culmina en la fe en la humanidad desde los principios de igualdad, justicia y amor.

En síntesis, se deberán tener en cuenta los siguientes parámetros para que proceda el instituto:

- Cada juez deberá evaluar la aceptación y comprensión de las condiciones del instituto por los jóvenes durante una audiencia oral prevista en el régimen local, así como observar la presencia o falta de vínculos familiares con posibilidades de acompañar a cada niño/a.
- Es la vía más compatible y conciliadora con los principios de la Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados.
- Se protege especialmente la integridad de los/as adolescentes imputados/as y la celeridad del procedimiento, mientras que no afecte su salud psicofísica y no implique una revictimización.
- Se impone necesariamente realizar la interpretación más restrictiva posible de las normas sancionatorias en juego.

78. Miller, Alice, *Salvar tu vida*, Barcelona, Tusquets, pp. 63-64.

79. Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 18.

80. Fromm, Erich, *El arte de amar. Una investigación sobre la naturaleza del amor*, Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 120.

- En caso de oposición por parte de la fiscalía se deben esgrimir consideraciones particulares o razones fundadas que sustenten su oposición, teniendo en cuenta que la remisión resulta el medio más adecuado para lograr que el/la joven comprenda e internalice la conducta imputada y no la reitere en el futuro.

Para la aplicación de la remisión se deberá tener en cuenta, como lo mencionamos *supra*, el grado de responsabilidad, el daño causado, la reparación del daño, no resultando el tratamiento o rehabilitación del/la niño/a, porque de esa forma se reiteraría la lógica del tratamiento tutelar y se perdería la lógica de la reparación del daño.

Sin embargo, se ha entendido que no obsta a la concesión del beneficio la falta de acuerdo entre el imputado y la víctima, pues la disposición legal aplicable, si bien alude a un acuerdo entre los nombrados, no establece específicamente que para la procedencia de la remisión debe necesariamente contarse con la anuencia de la víctima, por tanto la interpretación legal efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara, no solo resulta contraria a los intereses del imputado por restringir la procedencia de un derecho, sino que además pretende establecer una exigencia no impuesta por el legislador y en perjuicio del menor (CAPCF, Sala III, 29/9/15, “M., A.A. y otros”, causa n° 9453-02/13).⁸¹

La remisión del joven se dispone a programas comunitarios, con el apoyo de los padres o representantes legales, y bajo el control de la institución.

Mediación

En el régimen procesal penal juvenil local, la mediación⁸² tiene como finalidad la pacificación del conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías, neutralizando los perjuicios derivados del proceso penal.

81. Bartumeu Romero, Marcelo, *op. cit.*, p. 557.

82. Ley N° 2451, Art. 54 - Régimen. Establécese el presente régimen de resolución alternativa de conflictos penales, para el caso que los supuestos autores de una infracción de tal índole resultaren ser personas menores de dieciocho (18) años punibles, que se instrumentarán en el procedimiento establecido en la presente ley.

La mediación penal es la práctica de Justicia Restaurativa más extendida en nuestro contexto. En el ámbito penal juvenil es, según la legislación vigente, una solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo. Las disposiciones vigentes facilitan estas prácticas incluyendo la conciliación y la reparación tanto de forma directa hacia la víctima como de forma indirecta o mediante una actividad educativa. El modelo más extendido es el de contacto por separado con las partes (menor autor y víctima) para llegar a un encuentro con conciliación y acuerdos de reparación. Todo ello, facilitado por un mediador imparcial que utiliza diferentes técnicas y/o habilidades que facilitan la comunicación entre las partes y flexibilizan el conflicto.⁸³

A su vez, se determinan los casos en que procede la aplicación del instituto, restringiéndolo a determinados hechos,⁸⁴ estableciendo asimismo que no procederá si se hubiera incumplido un acuerdo anterior, o si no hubieran pasado dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa en otro proceso.

Se determina que el procedimiento es llevado adelante de oficio o a petición del imputado o su defensor, por el fiscal, requiere el acuerdo de la víctima y se realiza en un marco de confidencialidad, procediendo la Fiscalía al archivo de las actuaciones una vez que las partes vean satisfechas sus pretensiones.

La comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el uso de medios alternativos de justicia puede facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración del niño en la comunidad. Por otra parte, advirtió que los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal se refiere a la justicia restitutiva como una respuesta evolutiva al delito y que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delinquentes y las comunidades. La

83. Álvarez Ramos, Fernando (equipo psicosocial judicial), "Mediación Penal Juvenil y otras soluciones extrajudiciales", en *International e-Journal of Criminal Sciences*, Donostia, San Sebastián, 2008.

84. Ley N° 2451, Art. 57 - Casos en los que procede. No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I - Delitos 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. Artículo 8 de la Ley Nacional N° 24417 de Protección contra la Violencia Familiar.

comisión definió el proceso de justicia restitutiva como aquel en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. La comisión instó a los Estados a ampliar el uso de medios alternativos de soluciones de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes, en atención a que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los niños al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad. Al mismo tiempo, la Comisión subrayó la importancia de salvaguardar todos los derechos de los niños en la aplicación de estos medios alternativos, así como también la necesidad de limitar su aplicación a los casos necesarios para garantizar el interés superior del niño (CIDH; OEA/Ser. L/V/II. Doc. 78, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 13/7/11, párrs, 234, 236 y 239).⁸⁵

El Ministerio Público Fiscal utilizará como mecanismo a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando los perjuicios derivados del proceso penal.

En cuanto al proceso, el fiscal remite el caso a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, la cual está integrada por mediadores especializados,⁸⁶ quienes son los encargados de citar a las partes a una audiencia.

La mediación es voluntaria y todas las partes tienen que estar de acuerdo en realizarla. Es confidencial, informal, gratuita y se desarrollará en el menor tiempo posible. Pueden ocurrir dos cosas:

- Que las partes, es decir víctima e imputado, lleguen a un acuerdo. Allí se documenta por escrito lo acordado a partir de un acta firmada por todas las partes; se comunica al fiscal y

85. Bartumeu Romero, Marcelo, *op. cit.*, p. 542.

86. En el año 2016, la Oficina de Apoyo y el Centro de Formación Judicial realizaron una capacitación llamada "Justicia Penal Juvenil especializada". El objetivo fue capacitar a los integrantes del Centro de Mediación y Métodos de Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en Justicia Penal Juvenil.

este archiva la causa penal, y no se puede reabrir el caso por el mismo hecho.

- Que no haya acuerdo entre las partes; en ese caso se labra un acta dejando constancia de la mediación y se remite la causa al fiscal para que continúe con la investigación del delito.

No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

El artículo 67 establece que siempre será requerida la intervención de los integrantes del equipo técnico interdisciplinario.

Se requiere el auxilio interdisciplinario, de carácter obligatorio para el apoyo en el proceso. La participación del equipo técnico coadyuva al análisis de las distintas circunstancias que deben relevarse en los casos sometidos a mediación, sobre todo en aquellos en que se abordan hechos y consecuencias más graves.⁸⁷

Suspensión de juicio a prueba

Finalmente, la suspensión de juicio a prueba está regulada en los artículos 76⁸⁸ y 77,⁸⁹ y establecida también como causal extintiva de la acción penal, sujeta al cumplimiento de las reglas impuestas, entre las que se privilegiarán aquellas cuya finalidad comprenda la salud, educación, aptitud laboral, y el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios del joven.

La suspensión del juicio a prueba y las medidas de justicia restaurativas, como la mediación, deben ser diferenciadas. Es cierto que tienen en común el objetivo de evitar la imposición de condenas penales y de procurar la reinserción del sujeto sometido a proceso a la sociedad sin estigmatizaciones [...] Cabe señalar que la participación de la víctima es acotada en el marco de la suspensión del proceso a prueba, dado que es el juez quien va a disponer lo que el imputado deberá realizar [...] En cuanto al imputado, mientras que en la denominada *probation* deberá cumplir con las reglas que el juez le imponga al otorgarla, en los programas de justicia restaura-

87. Bartumeu Romero, Marcelo, *op. cit.*, p. 551.

88. Ley N° 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil, Buenos Aires, 03/10/2007.

89. Ídem.

tiva su voluntad tiene en cambio una función de mucho mayor relevancia en orden de los compromisos. Otro aspecto que contribuye a diferenciar los instrumentos de justicia restaurativa de la suspensión del proceso a prueba está dado por el hecho de que en los primeros los compromisos son en lo sustancial entre el imputado y la víctima, más allá de la intervención complementaria del fiscal y el juez según la regulación legal.⁹⁰

El tribunal convocará a una audiencia oral con citación al peticionario, al Fiscal Penal Juvenil, al/la Asesor/a Tutelar, a la víctima, y al Querellante si lo hubiere.

Luego de escuchar a las partes resolverá si concede la suspensión de la persecución penal o la deniega.

Cumplidas las condiciones impuestas, el/la juez/a, previa vista al fiscal, dictará el archivo definitivo de la causa, no pudiendo promover nuevamente la acción por ese hecho. En caso de incumplimiento, dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión.

Avances en la implementación de las vías alternativas de resolución de conflictos en la justicia local

Bajo la Resolución Presidencial N° 928/2014, se establece que la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires tendrá a su cargo, entre una de sus funciones, la composición del equipo interdisciplinario a fin de colaborar y asistir en las diferentes etapas del proceso. En diciembre de 2016, bajo la Resolución Presidencial N° 1401/2016, se ha puesto en funcionamiento del Cuerpo Interdisciplinario de Implementación y Apoyo de la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil. En la misma se anexa el Protocolo de Actuación del Cuerpo Interdisciplinario. Dentro de sus funciones se establecen las siguientes: Conocer, valorar y exponer las circunstancias personales, familiares, formativas y socio-ambientales que concurren en la vida del menor. Orientar sobre las intervenciones más adecuadas a los intereses y necesidades del menor, con especial relevancia en el momento de la adopción de una medida por parte de los jueces, no vinculante al término de su decisión judicial, entre otras.

90. Bartumeu Romero, Marcelo, *op. cit.*, p. 559.

Una de las funciones que se encuentra establecida para la Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil es la “Creación de un registro de Organizaciones a fin de solicitar cooperación en las diferentes medidas alternativas de resolución de conflictos”. Esto resulta necesario ya que para poder abordar y acompañar a los jóvenes en este proceso implica, inicialmente, conocer los contextos en los que estos se encuentran insertos y los procesos que transitaron y transitan en su trayectoria vital desde sus propias lógicas y subjetividades, es decir desde su percepción y apreciación del mundo social.

En este marco, el Equipo Interdisciplinario dependiente a la Oficina que da Apoyo a la Justicia Penal Juvenil se encuentra realizando una cartografía institucional con la localización territorial de cada organización visitada, de manera de poder precisar las ubicaciones mediante un primer impacto visual. Al momento, el equipo se encuentra manteniendo entrevistas con diferentes actores institucionales y referentes territoriales.

Desde la Oficina que da Apoyo a la Justicia Penal Juvenil del Consejo de la Magistratura de la Ciudad nos encontramos trabajando para poder aportar a las Secretarías Penales Juveniles del Poder Judicial de la Ciudad distintos programas comunitarios, ajustados a los criterios de la Justicia Restaurativa.

Para finalizar, en palabras de Unicef:

El sistema penal juvenil debe propiciar que el adolescente repare el daño causado, realice actividades comunitarias o se capacite profesionalmente y solo como último recurso, únicamente para delitos muy graves, por el tiempo más breve posible y siempre que se acredite primeramente que las respuestas socioeducativas o disciplinarias se vieron frustradas, se aplique la pena privativa de la libertad. Ello así puesto que el aislamiento de una persona que está en proceso de formación, lejos de remover cambios positivos de conducta, contribuye a su desarraigo, a su estigmatización y a su desocialización.⁹¹

91. Unicef, “¿Qué es el Sistema Penal Juvenil?”, en *Respuestas Alternativas al Proceso Penal y a la Privación de Libertad en la Justicia Penal Juvenil. La integración Socio-educativa como fin de la Justicia Penal Juvenil*, Argentina, octubre de 2012.

Justicia juvenil restaurativa. Los diversos usos de las medidas alternativas al proceso penal en la Argentina

Carla Villalta* y Valeria Llobet**

Introducción

El castigo a la conflictividad penal adolescente y juvenil ha sido sin duda uno de los temas más debatidos y controversiales desde, al menos, los inicios del siglo XX. Ya fuera porque se considerara que el castigo no podía ser idéntico al que recibían los adultos, que las sanciones debían ser de tipo correctivo o reformista y no solamente retributivas o expiatorias, que la indistinción entre adultos y jóvenes solo suponía una acentuación de las “tendencias antisociales” de estos últimos, o bien que el encierro de los jóvenes es una alternativa válida para la defensa social, el tema de cómo sancionar a los jóvenes que cometen hechos considerados delictivos y para qué hacerlo ha originado diferentes discusiones y posturas encontradas que lejos están de encontrarse saldadas. A la par, el tema de la edad de punibilidad, es decir la cuestión de desde cuándo perseguir penalmente a los adolescentes, cobra vigor cada vez que el tema de la seguridad es instalado como un problema social.

En este contexto de debates, en los últimos años, en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos, el enfoque de la justicia restaurativa ha ganado terreno en las recomendaciones realizadas a los Estados por parte de los organismos internacionales a fin de mejorar, optimizar y adecuar sus sistemas de justicia juvenil a los estándares de derechos humanos en la materia. Así, lejos de más castigo, lo que se propugna es que las medidas estrictamente punitivas en el caso de los

* Doctora en Antropología (UBA). Programa de Antropología Política y Jurídica, ICA, FFyL UBA. Investigadora Independiente CONICET.

** Doctora en Psicología (UBA). Centro de Estudios Desigualdades, Sujetos e Instituciones, EH-UNSAM. Investigadora Independiente CONICET.

adolescentes cedan el paso a otro tipo de medidas basadas en la despenalización, la conciliación o mediación. En suma, que sean medidas que favorezcan la resolución extrajudicial de conflictos y que no supongan un incremento punitivo ni una expansión del sistema penal. De este modo, la adopción de medidas alternativas al juicio e incluso al proceso penal se propone como una vía privilegiada para el tratamiento del delito adolescente, ya que permitiría instrumentar prácticas restaurativas que involucren al adolescente y a su entorno comunitario.

Ahora bien, aun cuando la justicia restaurativa y las medidas alternativas al proceso penal constituyan una opción preferida en tanto permiten idear e implementar otras estrategias de abordaje y de trabajo con los jóvenes acusados de haber cometido un hecho delictivo, es preciso tener en cuenta que estas no constituyen *per se* una panacea. Asimismo, si bien la justicia restaurativa presupone la adopción de medidas alternativas al proceso penal, no ocurre lo mismo a la inversa. De esta manera, si bien las medidas alternativas al proceso penal pueden ser útiles para evitar una expansión del sistema, no implican necesariamente la adopción de prácticas con un enfoque restaurativo.

En este artículo, nuestro interés es explorar de qué manera los debates y recomendaciones antes reseñados han impactado en las prácticas concretas de los agentes del sistema penal juvenil de distintas jurisdicciones de nuestro país. A su vez, a partir de los datos recabados en una investigación que hemos dirigido y que tuvo por objetivo relevar las medidas alternativas al proceso penal juvenil, nos interesa identificar, caracterizar y analizar los usos más frecuentes de este tipo de medidas en las distintas jurisdicciones de nuestro país.

Partimos de la idea de que los derechos en su forma abstracta y descontextualizada poco significan.¹ Al contrario entendemos que los mismos se imbrican en relaciones sociales y de poder, y que la materialidad de los contextos y rutinas institucionales modelan sus alcances e inciden en los sentidos que les son asignados. Desde esta perspectiva, el escenario actual se revela sumamente fructífero para indagar las formas concretas en que actúa la administración de justicia para los jóvenes en nuestra sociedad y los modos en que sus agentes despliegan distintas

1. Fonseca, Claudia; Cardarello, Andrea, "Derechos de los más y menos humanos", en Tiscornia, Sofía y Pita, María (eds.), *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2005, pp. 9-41.

prácticas que tienden a desjudicializar el tratamiento del delito adolescente o bien a reducir la punitivización; complejizan el escenario en el que se debate una vez más el tema de la baja de edad de punibilidad.

El artículo consta de una primera parte en la que describimos cómo se utilizan, en las distintas jurisdicciones del país, diferentes institutos procesales y medidas alternativas al proceso penal. Esto es, consideraremos la institucionalidad jurídica y las prácticas y usos por parte de los actores, para caracterizar las condiciones sociales de posibilidad de las prácticas de desjudicialización y de intervención penal mínima. En una segunda parte, presentamos una tipología de usos construida a partir de modelizar las características más comunes relativas a los criterios y finalidades de usos que se realizan de este tipo de medidas. Por último, en las conclusiones de este artículo, nos centramos en los debates actuales sobre la justicia penal juvenil, su vinculación con las medidas alternativas, y las maneras en que el enfoque restaurativo es también usado para justificar reformas que lejos de despenalizar o bien reducir la intervención socio-penal, tal como exigen los estándares de derechos humanos en la materia, la expanden al proponer bajar la edad de punibilidad para los adolescentes.

Las medidas alternativas en la justicia penal juvenil

Las medidas alternativas al proceso penal, tales como la remisión, la mediación, la conciliación y la reparación del daño, son utilizadas en la mayoría de las jurisdicciones del país,² aunque de manera dispar y heterogénea. En efecto, en pocas jurisdicciones se ha avanzado en acompañar con estructuras institucionales la puesta en práctica de este tipo de medidas y en consecuencia en muy pocas se han diseñado dispositivos especializados. Además, en general prima el uso de dispositivos destinados a la implementación de medidas alternativas al proceso que no son especializados en personas menores de edad (oficinas de mediación

2. En las provincias de La Rioja, San Juan, San Luis y La Pampa difícilmente se utilizan medidas alternativas al proceso penal. En La Rioja, únicamente, se utiliza la reparación, en forma de perdón, reparación económica o devolución del bien, y su uso es muy marginal. En San Juan, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal en marzo de 2017 no se había instrumentado ninguna medida alternativa. En La Pampa no se usan; solamente de manera muy infrecuente se implementa la suspensión del juicio a prueba.

penal, de suspensión de juicio a prueba, etc.). Por lo mismo, si bien se constata el uso generalizado, y no se halló oposición a las medidas alternativas al proceso, no es posible señalar que ello sea sistemático. Antes bien, ya sea en presencia o ausencia de dispositivos especializados, la sistematicidad en el uso de las medidas alternativas es baja, en tanto depende fundamentalmente de la voluntad de los actores intervinientes y de las coyunturas particulares que les permiten hacer uso de ellas (la función que tengan dentro del proceso, el enfoque general que oriente las intervenciones en política criminal desde las cúpulas de los ministerios públicos, la adecuación cultural en la comunidad, etc.). Más allá de que también se ha advertido la existencia de resistencias a su utilización, es posible sostener que las medidas alternativas al proceso penal gozan de un considerable nivel de aceptación –fundamentalmente de los integrantes del fuero de menores o penal juvenil– y son valoradas positivamente por una gran cantidad de actores del fuero especializado. Sin embargo, su utilización se asocia y se acepta casi exclusivamente en delitos de menor cuantía. Esto es, salvo algunos casos excepcionales, las medidas alternativas al proceso penal se utilizan casi exclusivamente para delitos leves o de bagatela. Los delitos más graves como el robo con arma o con uso de violencia pueden eventualmente ser trabajados con suspensión del juicio a prueba, fundamentalmente si se trata de primeros delitos.

No obstante, en términos generales, en la gran mayoría de las jurisdicciones del país son muy pocas las causas abiertas que llegan a juicio. Diferentes actores acordaron en señalar que del total de las causas que se abren, solo un escaso número (compuesto por los delitos más graves tales como homicidios, delitos contra la integridad sexual y robos con arma cuando son reiterados) llega a la instancia de debate oral y luego de ella a una condena. Es decir, la gran mayoría de los delitos que ingresan al fuero de menores son relativamente leves,³ dando cuenta de una capacidad muy amplia de captación de la criminalidad juvenil a la vez

3. Así, por ejemplo, dentro de las provincias en las que pudo recabarse información estadística del fuero, en Mendoza, sobre un total de 3219 causas ingresadas en 2016, 2244 implicaron alguna forma de absolución, sobreseimiento, aplicación de criterios de oportunidad o archivo. En Salta, sobre 3813 causas ingresadas en 2016, 158 fueron procesamientos, 80 elevaciones a juicio y 139 recibieron condena, en tanto el resto recibió alguna forma de sobreseimiento, archivo o remisión. Es de destacar que estas provincias, por su parte, constituyen dos de las cinco provincias que concentran un estimado del 80% de las causas del fuero penal juvenil.

que un potencial ensañamiento con un sector poblacional –adolescentes varones de barrios populares– por parte de los actores territoriales, en especial la policía. Este dato, que se reitera en todas las jurisdicciones del país, da cuenta, una vez más, de que la cantidad de delitos graves cometidos por menores de edad es ínfima.

Una de las clasificaciones más usuales respecto de las medidas alternativas al proceso penal es la que utiliza como criterio el mayor o menor grado de judicialización que implica su uso. Así es posible distinguir, según el planteo de Mary Beloff,⁴ entre las medidas alternativas *al* juicio (que implican un cese de la acción penal y la no intervención del sistema judicial, dejando que de la administración del conflicto se ocupe o no algún otro organismo) y las medidas alternativas *dentro* del juicio (que suponen modos anticipados de terminación del proceso). De esta manera, es posible presentar y clasificar las medidas alternativas según el grado de lejanía o cercanía que posean respecto del ámbito judicial y más específicamente del juicio penal clásico. Si se utiliza este criterio, esto es, si se clasifican las medidas en términos del lugar que ocupen desde “afuera” hacia “adentro” del sistema penal, se encuentra en un extremo el principio o criterio de oportunidad procesal y en el otro extremo la suspensión del juicio a prueba. En la zona intermedia que estará más cerca del afuera o no según los usos y costumbres de la práctica judicial en cada localidad, se encuentran la remisión, la mediación, la conciliación, la reparación del daño, las amonestaciones.

En un lugar muy cercano al principio de oportunidad se encuentran modalidades de cese de la acción penal que estrictamente no se encuentran amparadas en el criterio de oportunidad (aunque una interpretación extensiva de este criterio podría incluirlas en él) ni tampoco son una “remisión” ni estrictamente una medida alternativa, pero conducen a la desjudicialización: la prescripción (por la cual se extingue la acción penal) y el archivo de la causa.

Mención aparte merece el juicio abreviado. Si bien este instituto no constituye estrictamente una medida alternativa, la frecuencia de su uso es elevada y en muchas ocasiones su utilización –aun cuando

4. Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

ha recibido numerosas críticas de distintos autores,⁵ es considerada beneficiosa para los adolescentes por distintos actores del sistema, en especial por los/as defensores/as.

Del repertorio de medidas alternativas existente, en la gran mayoría de las jurisdicciones del país al menos una se utiliza. Y ello, en algunos casos, acontece aun cuando no estén previstas en la legislación específica que regula el tratamiento penal para menores de edad. En esos casos, es interesante observar que los agentes del sistema judicial hacen uso del “anillo” normativo⁶ compuesto por los tratados internacionales de derechos humanos en la materia, que les permite sortear o bien atemperar los aspectos más violatorios de derechos del Régimen Penal de la Minoridad vigente a nivel nacional, y así ensayar diferentes estrategias jurídicas. A su vez, en muchos casos los agentes judiciales, haciendo un uso creativo de la legislación procesal penal para mayores y de dispositivos que no están ni exclusiva ni necesariamente destinados a niños/as y adolescentes, han podido o procurado innovar y flexibilizar el régimen vigente incorporando el uso de medidas alternativas.

De esta manera, en diferentes jurisdicciones se han detectado formas *sui generis* de desjudicialización que los actores locales se encuentran implementando. En algunos casos, esas formas suponen el

5. Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016. Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en *Diario La Ley*, Año LXXIX, N° 73, Buenos Aires, 2015, pp. 1-8.

6. Aun cuando el Régimen Penal de la Minoridad instituido por el Decreto-Ley N° 22278 es la norma de fondo vigente en la Argentina para administrar judicialmente los hechos delictivos cometidos por niños/as y adolescentes (a pesar de los distintos intentos para modificarlo), es justo reconocer que, en gran parte debido a los diversos cuestionamientos que se han sucedido, en los últimos años ha habido una producción legislativa y jurisprudencial que ha procurado limitar los aspectos más abusivos y violatorios de derechos y garantías, tanto en lo que respecta a las medidas aplicables durante el proceso como a las sanciones a imponer luego del juicio de responsabilidad. En este sentido, el impacto de la Convención de los Derechos del Niño, algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sumados a la labor cotidiana de organismos y colectivos de defensa de los derechos de niños/as y adolescentes y de los organismos judiciales y administrativos, han construido un “anillo” que permitió de alguna manera contrarrestar (o bien actuar como contrapeso) al cariz más tutelar de la ley, y así se intentó con variado éxito –y en muchos casos aprovechando justamente el margen de indefinición y discrecionalidad que la ley permite– construir diferentes alternativas que supusieran vías diferentes para tratar con los jóvenes infractores o presuntos infractores.

sobreseimiento y archivo, en otras se trata de la generación de instancias no tan formalizadas de mediación, mientras que otras combinan la derivación al organismo de protección de derechos o el trabajo con otras instituciones. En todos los casos, no obstante, se trata de modalidades novedosas que diferentes actores se esfuerzan por aplicar más allá de que las medidas alternativas al proceso penal no estén explícitamente previstas en la normativa provincial ni existan dispositivos especializados para implementarlas.

En otras palabras, en relación a las medidas alternativas al proceso penal en el fuero penal juvenil lo que predomina es una gran variabilidad. No solo en relación a cómo son aplicadas (quién las solicita, en qué etapa del proceso, para qué tipo de delitos, a través de qué procedimientos, qué grado de desjudicialización alcanzan, etc.) sino también en relación con la frecuencia de uso. Mientras hay provincias que estiman que el 90% de las causas se tramitan con algún tipo de medida alternativa (por ejemplo, en Neuquén con la suspensión del juicio a prueba, o en Chubut con la conciliación), en otras provincias su uso es considerablemente menor.

Usos de las medidas alternativas. Interpretaciones, dispositivos y condiciones institucionales y sociales

Al detenernos en los usos que en las distintas jurisdicciones se hace de las medidas alternativas al proceso penal –se encuentren o no previstas en la normativa específica del fuero penal juvenil, en la legislación procesal de mayores o bien no se encuentren en ninguna de las dos– es posible observar el impacto que tienen en las prácticas judiciales las interpretaciones que los actores hacen de las normas disponibles, por un lado, y de las condiciones institucionales y culturales para aplicarlas, por otro. Ello, por ejemplo, se observa incluso al interior de cada provincia, en tanto los usos diferirán en localidades de diferentes dimensiones y de distinta capacidad jurídico-burocrática.

Esas condiciones son las que fundamentalmente inciden en la ampliación o restricción de las posibilidades de uso. Esto es, su previsión en los marcos normativos es una variable más que permite explicar por qué se usan, pero ella no es determinante. Ya que –como hemos

podido advertir en nuestro relevamiento— las medidas pueden ser más usadas en jurisdicciones que no las contemplen expresamente en sus códigos procesales, y en cambio no ser tan usadas aun cuando estén previstas en la normativa. Por ello, sostenemos, cobran mucha más relevancia las estrategias que los actores movilizan para promover su utilización. En este sentido, se torna importante el “estilo de trabajo” que los actores construyan así como el “saber práctico” que acumulen.

De este modo, por ejemplo, la aplicación del criterio de oportunidad procesal constará de una audiencia del fiscal con el/la joven, sus padres y su defensor, y el compromiso de realizar alguna actividad (escolar, recreativa, formativa), o bien no implicará nada de ello. La mediación podrá utilizarse, según la jurisdicción, solo para causas que irán a archivo o privilegiarse, al contrario, para aquellas que no serán archivadas.

En suma, tanto la variabilidad de sus alcances y efectos como la variación en la frecuencia de uso no dependen solo ni especialmente de que se encuentren previstas en la normativa. Aunque esa previsión legal en algunos casos puede ser propiciadora de su mayor uso, otras condiciones y variables han revelado tener una incidencia mayor y más concreta en su desarrollo. Entre ellas, las capacidades institucionales (la infraestructura, la variedad de dispositivos, los recursos humanos, entre otras), las condiciones materiales de la administración de justicia en general y del sistema penal juvenil en particular, la capacitación específica del personal, la calidad de la relación que el Poder Judicial y el Ministerio Público entablan o no con el sistema de protección integral de derechos (de alianza y cooperación, conflictivas, de vigilancia y control, de jerarquía, etc.) y la capacidad de innovación que a partir de las alianzas y vinculaciones interinstitucionales distintos actores posean y potencien.

La derivación a los órganos del sistema de protección integral de derechos es una acción que puede o no acompañar la implementación de una medida alternativa al proceso penal para los adolescentes punibles. No obstante, en general (y más aún cuando en la jurisdicción o localidad no hay un dispositivo específico para la aplicación de medidas alternativas) se le da intervención para que supervise o realice el seguimiento del adolescente. El tipo de vinculación que se dé entre el Poder Judicial y el organismo administrativo influirá fuertemente en el cariz que adopte la medida e incidirá también en el grado de corrimiento del Poder Judicial y eventualmente en el cese completo o no de

su acción. En efecto, en algunas provincias el hecho de que el órgano administrativo no posea –desde la perspectiva de los agentes judiciales– los recursos materiales necesarios para fiscalizar el cumplimiento de las medidas, ni tampoco un abanico diversificado de actividades para ofrecerle al joven, o una cantidad suficiente de profesionales, así como buenas condiciones laborales y de contratación, incide en que el Poder Judicial, de una forma u otra, continúe interviniendo. Y esta intervención pareciera en muchos casos estar más orientada a controlar la labor del organismo administrativo, que preocupada por la situación del joven y sus posibilidades. En otras jurisdicciones, la relación se trama en términos mucho más horizontales y ello posibilita acercar posiciones y consensuar líneas de acción.

A pesar de las variaciones observadas en la frecuencia y calidad de la vinculación en la mayoría de las provincias, el Poder Judicial envía causas y da intervención al organismo administrativo. Ahora bien, en 8 provincias no consta que haya derivaciones a las áreas de protección de derechos (Misiones, Chaco, Corrientes, Santiago del Estero, La Rioja, Chubut, Tucumán y San Juan). Por su parte, en San Luis la derivación desde el fuero penal se realiza no al órgano administrativo de protección de derechos, sino a los juzgados de familia y es el juez quien toma medidas tutelares, sin que necesariamente derive al adolescente al sistema de protección.

También es interesante notar que en las provincias más reducidas en número de habitantes y con un bajo índice de casos de niños, niñas y jóvenes en conflicto con la ley penal, encontramos estrategias y acciones sobre los casos puntuales. En estos casos se comparte una lectura desde los organismos de protección sobre la necesaria formalización de medidas alternativas al proceso penal, y concuerdan en desarrollar procesos de intervención a través de la articulación de las políticas públicas disponibles para los niños, niñas y jóvenes, en general. Esta mirada propone hacer efectivo el abordaje desde el sistema de protección basado en un enfoque de restitución de derechos y de no revictimización, y así señalan que la focalización de los programas en justicia penal juvenil estigmatiza a quienes participan. Sin embargo, se observa que también hay un efecto contrario al propuesto, debido a que al no formalizar estas estrategias más flexibles, los actores externos al organismo de protección no visibilizan la intervención desde el

Ejecutivo como una acción institucional ni como una línea de trabajo estratégica de la dirección, con lo cual, se termina fortaleciendo la intervención del Poder Judicial y por tanto la judicialización de niños, niñas y jóvenes en conflicto con la ley penal.

La mayoría de las provincias carece de dispositivos específicos para instrumentar medidas alternativas al proceso penal. En efecto, solo en muy pocas jurisdicciones se han generado dispositivos especializados para el fuero penal juvenil dependientes del Poder Judicial, del Ministerio Público, del órgano administrativo o bien de Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC), con el objetivo de efectivizar las medidas alternativas al proceso penal (fundamentalmente mediación, conciliación y suspensión del juicio a prueba). En algunas provincias, los dispositivos clasificados como “no especializados” –es decir, los que no poseen especialidad en el fuero juvenil– son altamente utilizados. En otras jurisdicciones, debido entre otros factores a esa falta de especialidad, su uso es muy infrecuente.

Si hasta aquí hemos visto “cómo se usan” las medidas alternativas, otro de los interrogantes a partir del cual las hemos indagado es “para qué se usan”. Así, al preguntarnos por sus efectos o por sus resultados, podemos trazar cuatro grandes tipos que nos permiten observar cuáles son las consecuencias de su utilización. Tales efectos pueden ser muy distintos a los intencionalmente buscados, y por ello mismo es necesario tenerlos en cuenta para advertir que las “medidas alternativas” o la “justicia restaurativa” por sí mismas no garantizan una respuesta jurídico-estatal más acorde a estándares de derechos humanos. Esto es, ni son la panacea *per se* ni producen en todo lugar idénticos resultados. A continuación, esbozamos una tipología construida a partir del relevamiento de las formas y criterios de uso de las medidas alternativas en las distintas jurisdicciones del país.

“Sacar del sistema”: entre la desjudicialización y purgar el sistema

Uno de los mayores y principales objetivos de las medidas alternativas al proceso penal, tal como se propone en los estándares de derechos humanos que debieran regir la justicia penal juvenil, es la

desjudicialización de situaciones que, ya sea porque por su escasa gravedad nunca debieran haber ingresado en el sistema, o bien porque por la edad de sus protagonistas es desaconsejable la vía penal y resulta conveniente la instrumentación de otro tipo de respuestas. La desjudicialización, entonces, sería la meta a alcanzar.

En algunas jurisdicciones, y a pesar de la existencia de diversas dificultades, esa desjudicialización es acompañada de estrategias que han permitido articular acciones diseñadas desde un enfoque restaurativo, y que han estado orientadas a ampliar las posibilidades de acceso a derechos de los jóvenes. Así nos han relatado casos, visualizados como paradigmáticos, en los que la implementación de estrategias restaurativas ha redundado en intervenciones positivas tanto para el adolescente acusado de cometer el hecho delictivo, como también para la víctima y su familia. Se trata de casos en los que se han instrumentado estrategias restaurativas con instancias de mediación o conciliación, que han cosechado una valoración positiva de parte de distintos actores.⁷

Ahora bien, la desjudicialización en nuestro contexto local toma, en muchos casos, la forma de “sacar del sistema”. Así sucede cuando se aplica la remisión en sentido estricto, así como otras formas de remisión *ad hoc*, e incluso cuando se hace uso de criterios de oportunidad que generan instancias de desjudicialización o, más precisamente, de no apertura de los procesos judiciales. Además, también existen prácticas no sistemáticas ni formalizadas cuyo objetivo es realizar acciones que no profundicen la judicialización y eventual punición. Estas prácticas por las cuales principalmente las causas leves son archivadas, o en virtud del paso del tiempo prescriben, tienden a ser promovidas por un criterio

7. Así, por ejemplo, en La Pampa nos relataron el caso de unos adolescentes que habían destrozado una escuela. Al tomar conocimiento del conflicto en el juzgado, el padre de uno de los jóvenes, albañil, se ofreció a reparar los daños; la madre de otro de los chicos propuso otra forma de reparación, y además los adolescentes pidieron disculpas. En Misiones se trabajó de una manera similar un caso de homicidio que, tal como nos relataron, marcó un hito en el sistema juvenil penal. De hecho, este caso, en el que un adolescente de 15 años mató –con un arma que le sacó a su padre integrante de una fuerza de seguridad– a un joven de 18 años, llamado Lucas, se trabajó de manera restaurativa, con una medida alternativa al encierro y con abordaje terapéutico de psicólogos y psicopedagogo. Al cabo de un año, en el despacho del juez se reunieron los padres de Lucas con el adolescente acusado del homicidio, quien les pidió perdón. En esos momentos, el padre de Lucas –que es pastor evangélico– fundó un hogar para adolescentes infractores o presuntos infractores que lleva el nombre de su hijo.

que enfoca la atención, y en consecuencia los recursos del tribunal, en las causas más graves en las que los adolescentes están privados de su libertad o bien en aquellos hechos que constituyen el arquetipo de las causas de inseguridad protagonizadas por jóvenes, y que en consecuencia son proclives a tener una mayor exposición mediática. De este modo, este criterio casi implícito que lleva a priorizar el trámite de las causas consideradas más graves tiene como consecuencia una cierta inacción judicial respecto de las causas más leves. Si bien ello resulta beneficioso para los adolescentes que cometieron esos delitos menores, en tanto implica una menor intervención del sistema penal en sus vidas, lo cierto es que la desjudicialización *de facto* no se acompaña de ninguna otra estrategia restaurativa ni tampoco de ninguna intervención que permita al sistema de protección integral de derechos, por ejemplo, realizar acciones con ese adolescente. Estos casos se asemejan más a un “dejar de actuar” producto de un criterio que en muchos casos no es siquiera explicitado a los/as adolescentes y a sus familias, y por consiguiente tampoco su opinión es tenida en cuenta ni se contempla algún tipo de participación de los adolescentes en esa resolución.

De hecho, una de las cuestiones que hemos identificado es que la variabilidad en las formas de instrumentar las derivaciones a las áreas de protección de derechos, y la falta de recursos específicos para seguir casos de adolescentes en conflicto con la ley configuran un panorama que abre interrogantes sobre cuán efectivos son estos procesos de desjudicialización, derivación o no intervención, y si estos no actúan solamente retardando o posponiendo el ingreso al sistema penal en condiciones más gravosas. Es decir, como nos han relatado, puede suceder que un adolescente que haya cometido delitos leves pero fue “sacado del sistema” una o más veces vuelva a ingresar tiempo después con un delito más grave, y es recién allí cuando el sistema interviene y como se trata de una “causa grave” no lo hace desde un enfoque restaurativo sino desde el acostumbrado enfoque punitivo.

Por eso entendemos que si la desjudicialización solo opera en términos de “sacar del sistema” sin ser acompañada de otro tipo de estrategias, puede redundar –en algunos casos– en intervenciones tardías y respuestas punitivistas.

En algunos casos, “sacar del sistema” se vincula también con el uso efectivo de estrategias alternativas. En efecto, el uso creciente de

la mediación –en 14 provincias– como modalidad de administración de conflictos y las diferentes estrategias de los efectores para implementarlas incluso en un contexto adverso (porque no está regulada para menores), da cuenta de los sostenidos esfuerzos que distintos actores realizan para ofrecer a los adolescentes y jóvenes formas de tratamiento de los conflictos diferentes a las formas acostumbradas por el sistema penal. No obstante, la implementación de estas medidas es institucionalmente muy frágil, ya que no solo no existe legislación que prevea las medidas alternativas, sino que tampoco se cuenta en la mayoría de las jurisdicciones con profesionales especializados para implementar estas medidas con jóvenes. A su vez, vale recordar que existen actores de peso manifiestamente opuestos a estas estrategias. En ese sentido, para el caso del uso de las medidas alternativas al proceso, la especialidad en jóvenes parece ser bastante infrecuente, y lo que predomina es una adaptación singular de las medidas pensadas y reglamentadas para adultos para el fuero penal juvenil.

Cuando lo que se usa para efectivizar las medidas alternativas son programas cuya finalidad no es esa, la escasez de recursos que tales dispositivos tienen y/o el recargo de tareas que pesa sobre su personal redundan en una falta de seguimiento real o bien en la falta de opciones para proponer actividades a los jóvenes. Tal es el caso, por ejemplo, de la situación de los Centros de Referencia en la provincia de Buenos Aires.⁸ Además de ello, algunos actores han señalado que resulta muy difícil trabajar con el sistema educativo, por ejemplo, ya que en algunos casos se muestra resistente a integrar a jóvenes que están cumpliendo una medida alternativa.

Una situación muy similar aparece cuando para el cumplimiento de la medida no se le da intervención a ningún programa o dispositivo y es el juzgado a través de su propio equipo técnico quien implementa

8. Otro es el caso de Mendoza, donde no hay programas específicos alternativos al proceso penal, pero la Dirección de Medidas Alternativas, Externación e Inclusión Social (creada en 2005 y conocida como UMA, pues cuando se creó se llamaba Unidad de Medidas Alternativas) que depende del Sistema de Responsabilidad Juvenil, en ocasiones trabaja en el seguimiento de medidas que se toman en la suspensión de juicio a prueba –por ejemplo fijación de domicilio–, pero solo en ese caso. Los operadores de UMA toman entrevistas iniciales a los jóvenes en las comisarías, o hacen visitas a las casas de los jóvenes, porque, según indican, los trabajadores sociales del juzgado no van a “las zonas rojas” (donde viven los jóvenes).

la medida y realiza su seguimiento. Sin embargo, también en estos casos la falta de talleres y de actividades diversificadas en las que los adolescentes puedan cumplir la medida se transforma en un obstáculo. A su vez, en otras ocasiones, como sucede en la provincia de Mendoza los integrantes del CAI (Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario) se niegan a realizar visitas domiciliarias en lugares conocidos como zonas rojas o de peligrosidad, y ello es un obstáculo para la adopción de las medidas.

Las medidas alternativas al proceso penal requieren una tarea de seguimiento y acompañamiento importante e imprescindible para que los adolescentes puedan cumplir los objetivos planteados. De lo contrario, se corre un serio riesgo de mal uso de las medidas y de falta de cumplimiento de sus objetivos. Es decir, si el uso de medidas alternativas queda circunscrito solo a una forma de evadir el sistema penal, sin ser acompañado de acciones concretas que permitan otro tipo de trabajo con los adolescentes –por ejemplo uno orientado a que comprendan la particularidad de la medida y las obligaciones que supone– el potencial de las medidas alternativas podría desdibujarse y ello termina atentando contra su legitimidad. Máxime en contextos en los que las demandas de mayor punitividad se encuentran en aumento.

Por otro lado, y como ya señalamos, el fracaso de una medida alternativa puede traer aparejada una situación posterior de mayor exposición al conflicto penal para el adolescente. Esto es, puede retroalimentar futuras entradas del joven en el sistema penal llevando a un escalamiento en la intensidad de la respuesta penal, ya que ese adolescente contará en su haber con el fracaso de una intervención alternativa. Complementariamente, la indefinición o inespecificidad de los objetivos de las medidas, muchas veces orientados solo desde perspectivas que privilegian el pedido de perdón, contribuye a la limitación de la eficacia de las estrategias alternativas. Así lo señalaban los integrantes de la Dirección de Acceso Temprano a Justicia de Tierra del Fuego, quienes consideran que falta mejorar la comprensión de los operadores respecto al modelo de justicia alternativo para poder trabajar de manera más integral las intervenciones, y para que las medidas restaurativas no queden limitadas a ser una suerte de expiación de la transgresión o de asunción individualizada de la responsabilidad.

Ahora bien, en algunas localidades se ha observado que las carencias de recursos suelen suplirse a partir del llamamiento y la *responsa-*

bilización de la familia del joven. En efecto, según algunos de los agentes entrevistados, el acompañamiento que debe tener la medida alternativa idealmente también debe involucrar a la familia de los jóvenes, en una estrategia que muchas veces, antes que incidir transformadoramente en los procesos sobre los que se interviene, termina conduciendo a la reproducción de la clientela penal.

La reproducción de la clientela

La valoración que el Poder Judicial hace de la capacidad del Poder Ejecutivo para cumplimentar el seguimiento de un proceso no judicial, las consideraciones sobre los adolescentes, tales como las evaluaciones de los equipos sobre la calidad y cualidad de la familia del joven, y sobre la existencia o no de un consumo problemático de drogas, configuran los elementos centrales de los diagnósticos que se construyen y movilizan para definir qué casos se abordarán o no penalmente. Por ejemplo, para que los funcionarios consideren que un caso es “potable” para acceder al uso de la suspensión del juicio a prueba, resulta central que exista una “familia contenedora” o un “adulto referente” que pueda acompañar al adolescente en el cumplimiento de las pautas que se le impusieron. Ello debido al general déficit de dispositivos específicos para su seguimiento, pero, también podemos suponer, debido a la persistencia de la sostenida interpelación que el ámbito penal destinado a los menores de edad usualmente realiza a las familias de los adolescentes que son ingresados a él. Así, madres, padres y “adultos referentes” son comprendidos como responsables y garantes del cumplimiento de la medida, e incluso se les asigna como responsabilidad la de informar al juzgado o tribunal si su hijo cumple o incumple las reglas de conducta impuestas.

La familia es visualizada como recurso de acompañamiento, seguimiento y vigilancia de las medidas. Y ello, en verdad, se encuentra en sintonía con un razonamiento bastante extendido relativo a la efectividad de las medidas alternativas: aquel que sostiene que estas son eficaces cuando hay una “familia comprometida”. De modo tal que los niños y jóvenes cuya situación familiar es más frágil, serán justamente quienes no accederán a otro tratamiento más que el penal. De esta manera, las mismas prácticas que en teoría tienen por fin desestigmatizar

a los adolescentes y desjudicializar el conflicto, pueden actuar reproduciendo o consolidando la propia selectividad del sistema penal, en tanto solo se desjudicializarán las situaciones de los adolescentes menos vulnerabilizados. Al contrario, aquellos que no tengan familia, no se encuentren escolarizados o posean “malos hábitos” tendrán más probabilidades de quedar dentro del sistema.

A su vez, la existencia de una situación de consumo problemático de sustancias por parte del adolescente generalmente impide la adopción de medidas alternativas al proceso, sobre todo la remisión, conciliación y mediación, que son además las más desjudicializantes. Esta situación es crítica fundamentalmente en las provincias del norte argentino, especialmente Salta, Catamarca, Formosa y Chaco. La posibilidad de uso de estas medidas es más complicada debido a que se advierte en todo el país una carencia de dispositivos para atender las situaciones de consumo problemático de sustancias de los jóvenes en particular, y se revela particularmente grave en los sectores sociales más vulnerables, porque no pueden acceder a los servicios de salud mental privados, no son aceptados en los escasos servicios públicos o semi-públicos, y quedarán entonces dentro del sistema penal por su situación de consumo.

A la vez, la desestimación de las intervenciones policiales por parte de las fiscalías sin considerar alguna derivación al Poder Ejecutivo constituye una práctica sumamente extendida y que tiene graves consecuencias en la reproducción de la clientela y la exposición de los jóvenes a circuitos criminales. En efecto, una vez que los jóvenes han sido captados por la policía, la no intervención del Poder Judicial en las actuaciones policiales tiene dos consecuencias potenciales. La primera es dejar al adolescente a merced de una red extorsiva, o a situaciones de tortura y persecución. Múltiples casos han mostrado que la captación de las personas más frágiles por parte de las redes de criminalidad policial implican la producción de jóvenes captados para la comisión de crímenes por encargo policial, así como las persecuciones, malos tratos y torturas con intenciones disciplinarias, tales como el caso Luciano Arruga muestra.⁹ La segunda consecuencia es que, en un

9. Luciano Arruga fue un joven desaparecido el 31/01/2009, luego de ser detenido por la policía bonaerense en Lomas del Mirador, cuyos oficiales pretendían que Arruga realice robos para ellos. Ocho policías bonaerenses fueron procesados por “desaparición forzada de persona” y pasados a disponibilidad. Los restos de Luciano fueron

marco de fragilidad, las y los jóvenes captados cometiendo un delito leve son abandonados a su suerte pero a la vez “marcados”. Esto es, si bien la “entrada” no es formalmente consignada en tanto la no punibilidad implica que no se pueden constituir en “antecedentes criminales” las denuncias y las acciones policiales, el conocimiento informal que la policía tenga de los jóvenes es en muchas circunstancias considerado por las fiscalías a la hora de decidir si la intervención policial es transformada o no en una Investigación Penal Preparatoria. Así, de continuar el proceso, la cantidad y recurrencia de las intervenciones policiales se constituyen en un agravante ponderado por el juez.

La ampliación de las posibilidades de captar situaciones mediante la red penal

En algunas jurisdicciones la mediación se aplica a causas que irían al archivo por la insignificancia del hecho, encerrando así una tensión y un dilema. Si se aplican medidas restaurativas en esos casos se mantiene la intervención judicial en circunstancias que de otra forma serían cerrados y en los que el sistema no intervendría. Ahora bien, es un dilema en tanto si no se interviene se genera el riesgo que señalábamos antes: que la medida alternativa solo se transforme en un “sacar del sistema” sin estar acompañada por otro tipo de acciones.

Por otro lado, al considerar las medidas no privativas de libertad, hallamos que en la mayoría de las jurisdicciones su uso es previo al juicio, como normas de conducta para el joven y sus familias, definidas en el expediente y en la derivación por el Poder Judicial y controladas y/o impuestas por intermedio de los programas de libertad asistida o en general de asistencia a personas menores de edad en conflicto con la ley penal. Entre ellas suelen estar las restricciones horarias (prohibición de salidas nocturnas), las restricciones de contacto con personas determinadas, y la prohibición de consumo de alcohol. En algunas jurisdicciones se establece también la prisión domiciliaria.

Muchos de los programas llevan adelante la intervención como primera medida en el marco del tratamiento tutelar (art. 4 Decreto Ley

encontrados en 2014 en el Cementerio de Chacarita, donde había sido enterrado como NN luego de un supuesto choque.

N° 22278) –por ejemplo CABA, Formosa, Neuquén, Jujuy, San Luis, Río Negro– como derivación del PJ como medida cautelar y/o socioeducativa en cualquier momento de la instrucción y no tras juicio de responsabilidad (Córdoba o Tucumán) o como medida aunque el juez haya desistido de intervenir, ya sea porque determina la no punibilidad, o bien porque mediante criterio de oportunidad determina la extinción de la acción penal y remite al sistema de protección (Catamarca). Otra alternativa es que el programa asista también el egreso de los chicos de los centros cerrados, como en CABA, Córdoba, Entre Ríos, Santa Fe y Jujuy.

En suma, existen jurisdicciones donde la intervención no realiza distinciones entre derivaciones previas o posteriores al inicio de la investigación o al procesamiento o formalización de la imputación PBA (Provincia de Buenos Aires),¹⁰ o bien no realiza distinciones entre el carácter punible o no punible del joven, o, finalmente, no distingue entre “primarios” y jóvenes con “reiterancia” (Catamarca y Tierra del Fuego son ejemplos de esta modalidad). En algunas jurisdicciones, la indiferenciación de las estrategias de acuerdo a la situación procesal se deriva de la persistencia de hecho de una matriz judicial inquisitiva. Así, la medida socioeducativa es tomada en el marco del “tratamiento tutelar” o, directamente, de un expediente tutelar. En otras, es resultado de la judicialización de algunos casos que por la naturaleza del hecho no configurarían delito (esto es, no se le imputaría a un adulto en idéntica circunstancia), pero al que se impone una medida como estrategia de “protección”. Esto sucede muy frecuentemente en los casos de consumo de sustancias, y es justificado por la mayoría de los actores debido a lo que coinciden en interpretar como la inexistencia, insuficiencia o inadecuación de la respuesta de salud mental. En muchos casos, las/os entrevistadas/os han señalado que el conflicto deriva del compromiso subjetivo del/la joven con la sustancia antes que de una conducta delictiva, subyaciendo la idea de que la intervención más apropiada tendría lugar en un marco de salud mental antes que en un marco penal.

10. En algunos sistemas procesales, especialmente aquellos que responden a la tradición inquisitiva mixta, como por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación, la imputación hacia el joven se transforma en una resolución que emite el juez, que puede ser recurrida por el imputado y/o su defensor. En los sistemas acusatorios, por el contrario, no existe resolución de procesamiento sino solo una formalización de la imputación, por la cual el fiscal en ejercicio de la función pública decide seguir adelante con el procedimiento.

En tal sentido, la relevancia dada al encierro como estrategia de protección resulta en la captación por parte del sistema penal de casos que, de contar el Estado provincial y/o nacional con la institucionalidad apropiada –o los protocolos necesarios para que la institucionalidad existente no resulte expulsiva de niños y jóvenes– no debieran ingresar al mismo. La preferencia por la “dureza” del encierro o de la autoridad del “juez” tanto es heredera de la persistencia de las formas de construcción de la autoridad familiar en complementariedad tutelada con la autoridad judicial,¹¹ como es el resultado de la inexistencia de estrategias no penales para abordar múltiples situaciones de vulneración de derechos y/o aumento de la vulnerabilidad de niños y jóvenes.

Por su parte, en las jurisdicciones en las que el ingreso en flagrancia se produce a través de centros de recepción y derivación o CAD (Centros de Admisión y Derivación), si bien el programa es técnicamente la primera medida, las demoras en la aceptación judicial de las estrategias propuestas por los equipos técnicos (que en casos extremos¹² suponen casi un año) conducen a que, de hecho, el CAD se convierta en una instancia de privación de libertad; y la inclusión en los programas, en una medida de egreso. Los agentes perciben al Poder Judicial mucho más expedito cuando la sugerencia es la restricción de libertad en centros semiabiertos, esto es, que los operadores judiciales se inclinan por medidas restrictivas o privativas de libertad.

Fuera del control de los programas, pero con incidencia en su desarrollo, se encuentran los criterios de uso movilizados por los operadores judiciales, en los casos en que la derivación al área es su potestad (que es la mayoría de las jurisdicciones). En Córdoba, por ejemplo, actores del Poder Judicial han expresado que para tomar estas decisiones combinan las circunstancias del hecho, la impresión personal que les genera el adolescente y su familia, complementada con el informe técnico y los antecedentes. Hay provincias en que los criterios movilizados se vinculan con la existencia de una familia continente y/o un adulto responsable, de modo que se tiende a la selección de los

11. Vianna, Adriana, “Derechos, moralidades y desigualdades: consideraciones a partir de procesos de guarda de niños”, en Villalta, Carla (comp.), *Infancia, justicia y derechos humanos*, Bernal, Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes, 2010, pp. 21-72.

12. Se trata en efecto de pocos casos, en algunas jurisdicciones de hecho no superan el par, pero es relevante señalarlo.

jóvenes que, según los agentes, cuentan con esas familias, dejando a los jóvenes más vulnerables o que cometieron un delito anterior por fuera de los programas no privativos de la libertad. Podrían acceder a las medidas alternativas solo aquellos que cuentan con algún soporte familiar. En otras provincias, el Poder Judicial señala que acuerda con los criterios y propuestas del equipo técnico, desarrollando las medidas que estos sugieren y confiando en su evaluación (por ejemplo, Río Negro, San Juan, Chaco, Catamarca o Neuquén).

Consideraciones finales. El debate contemporáneo

Como señalamos en la introducción, desde finales del siglo XIX los delitos cometidos por personas menores de edad se constituyeron en un tema políticamente debatido. El pánico moral¹³ de inicios del siglo XX en nuestro país –al igual que en otros países de la región– se dirigió hacia los niños y jóvenes de sectores populares que se anticipaban como futuros delincuentes por sus condiciones miserables de vida y la falta de guía por parte de sus padres, quienes fueron contruidos así en causantes del problema. La reforma legal estuvo en el centro de la escena. En aquellos momentos, la solución se encontró trazando estrictas diferencias en el tratamiento de los niños que cometieran delitos, diferenciándolo del tratamiento penal hacia los adultos, porque de un tratamiento indiferenciado, se argumentaba, solo se obtendría un joven delincuente profesional.

De diversos modos y en distintos momentos históricos se azuza un consenso punitivo que hace de la seguridad el tópico central de la nueva cuestión social.¹⁴ En el contexto actual de fin de gobiernos populares en América Latina y la re-emergencia de distintos gobiernos que podemos denominar de “derecha” –con toda la vaguedad contem-

13. Cohen, Stanley, “Folks Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers”, en *Journal Contemporary Ethnography*, London, Paladin, 1973. El autor acuñó el concepto de “pánico moral” a inicios de la década de 1970. Se refiere a la percepción, por parte de un grupo social, de un proceso como una amenaza latente respecto de valores o intereses. En Argentina, la “cuestión social” a inicios del siglo XX se configuró alrededor de la inmigración masiva –y las transformaciones que la sucedieron– un temor de desintegración y transformación degradada de la moral y la “argentinidad”.

14. Cortés, Rosalía y Kessler, Gabriel, “Miradas sobre la cuestión social en la Argentina democrática (1983-2013)”, en *Cuestiones de Sociología*, N° 9, 2013.

poránea de esta categoría— la seguridad y el endurecimiento de la penalización de la criminalidad urbana componen tópicos centrales de gobierno. Por supuesto, este consenso punitivo no es una fuerza que avasalla tierra yerma: emerge en el contexto de legitimación de las respuestas represivas y la convocatoria a la “mano dura” como forma de lidiar con el delito. La opción por el populismo criminológico (esto es, por brindar la respuesta más “sencilla” al clamor punitivo yendo por los jóvenes de sectores populares que componen la población de preferencia para el accionar represor de la policía) no se da en ausencia de otras opciones, ni tampoco se presenta recubierta de los viejos discursos. Antes bien, toma otros ropajes y utiliza en algunos casos el lenguaje de derechos. En el contexto actual de debates, lejos de agitar los fantasmas más punitivistas, el liderazgo reformista moviliza sentidos modernizadores y de mayores garantías, a la vez que supuestamente otorga centralidad a las víctimas, como procura la literatura de la justicia restaurativa y las perspectivas que promueven la desjudicialización de los conflictos mediante estrategias como la mediación. En efecto, autores como Latimer, Sherman y Strang¹⁵ dan cuenta de que las víctimas se sienten más satisfechas en los procesos que implementan medidas y estrategias que propician el encuentro entre las víctimas y los/as jóvenes victimarios, estrategias que permiten, de acuerdo con sus promotores, una mayor democratización del proceso y promueven una aproximación menos vengativa al delito juvenil.¹⁶

Ahora bien, la reforma impulsada por el gobierno nacional de la gestión del PRO, aun cuando haga alarde de incorporar principios de justicia restaurativa, en tanto en sus capítulos 3 y 4 incorpora explícitamente la prescripción de la acción penal y distintas causales de extinción de la acción y la sanción penal (entre las que se cuenta la remisión, la mediación y conciliación, los acuerdos restaurativos, la suspensión

15. Latimer, Jeff; Dowden, Craig y Muise, Danielle, “The effectiveness of restorative justice practices: A meta-analysis”, en *Prison Journal*, vol. 85, N° 2, 2005, pp. 127-144; Sherman, Lawrence y Strang, Heather, “Reducing harm to victims”, “Restorative justice in the UK: the four settings”, en *Restorative justice: the evidence*, London, The Smith Institute, 2007, pp. 52-68.

16. Bolívar, Daniela, “La víctima en la justicia restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social”, en Olaizola, Inés y Francés Lecumberri, Paz (eds.), *Justicia Restaurativa y Mediación*, Ediciones Universidad Pública de Navarra, 2011, pp. 1-22.

del proceso a prueba),¹⁷ acompaña estas incorporaciones con la propuesta de la baja de la edad de punibilidad a los 15 años.

Los argumentos que sostienen la reforma, y entre ellos de manera especial la baja de la edad penal juvenil, sostienen que determinar la edad de responsabilidad penal en los 15 años acompañaría los usos del sistema que hemos descripto ampliando las garantías penales. Complementariamente, el planteamiento de normalizar el uso de las medidas alternativas se construye como un argumento modernizador. No obstante, los distintos usos concretos, formas de institucionalidad y consensos existentes en torno a las medidas alternativas al proceso penal en las distintas jurisdicciones del país muestran los límites y los requerimientos que serían necesarios como condiciones previas para el desarrollo de una reforma que se dirija a establecer los principios restaurativos como la base del sistema. Desde un enorme fortalecimiento institucional de las áreas de infancia de los poderes ejecutivos, hasta el desarrollo, profesionalización y sistematización de programas de acompañamiento a las medidas alternativas, pasando por un trabajo sistemático de incidencia en la opinión pública en la dirección opuesta al consenso punitivo. Todas medidas que están en la dirección opuesta de la gestión anterior en materia de niñez y adolescencia, como señala UNICEF:

Una justicia especializada para adolescentes y jóvenes debe garantizar el abordaje diferenciado desde el inicio de la investigación hasta la finalización del cumplimiento de la sanción, incluyendo cada una de las instancias superiores. Esto requiere, además de la modificación de la ley de fondo, la asignación de recursos económicos y el nombramiento de jueces, fiscales, defensores y equipos técnicos interdisciplinarios, por medio de procesos de selección que contemplen efectivamente la especialización en materia de niñez y adolescencia.¹⁸

La relación entre infancia y democracia y entre políticas de infancia y modernización social y estatal han sido ejes centrales para debatir el alcance de los derechos humanos desde la década de 1970. Esta relación se centra en el tratamiento como sujetos de derechos de personas hasta en-

17. Anteproyecto de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. Disponible en: <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-penal/sistema-penal-juvenil/>

18. UNICEF, "Ideas para contribuir al debate sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil", 2019. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2019-01/6_Posicionamiento-Justicia-Penal-Juvenil_o.pdf [fecha de consulta: 10/06/19].

tonces consideradas “objetos de protección”, incluso contra su voluntad, y la vinculación que tiene esta ampliación en el respeto por la dignidad de las personas. En tal sentido, los debates en torno a las definiciones de derechos de niños y niñas establecieron claramente lo que las sociedades se deben hacia las nuevas generaciones, en términos de protección.

Garantizar derechos a niños y niñas, considerando que en tanto personas en desarrollo deben tener un plus de protección, es el acuerdo internacional. Hasta qué momento de la vida se extiende ese “plus de protección” forma parte de los acuerdos políticos y sociales, al igual que la definición de qué comportamientos van a ser definidos como delitos, y a cuáles de ellos se va a perseguir, y con qué fines.

La normativa de derechos humanos indica que la finalidad de un sistema penal juvenil no debe ser el castigo, en tanto los niños y niñas están aún siendo formados, y plantea la necesidad de la progresión en la protección y definición de derechos. Esto es, una vez definido un derecho, solo se debe “ir por más”. Por lo mismo, la sanción penal hacia niños y niñas tiene que tener una función educativa, y no puede retrotraer ni restringir la esfera de derechos protegidos; no pueden perderse derechos.

La implementación de la baja en la edad de imputación penal como solución puede también leerse en clave política, a la luz de las demandas de orden social y reconducción de la vida cotidiana al orden de lo privado que constituyen ejes de las disputas en el espacio público. La emergencia de estos diversos tipos de demandas, legítimas muchas de ellas, en un contexto de aumento de las desigualdades sociales, de incertidumbre social y económica, de incapacidad de garantizar a las generaciones venideras siquiera un ambiente no degradado, de decepción con proyectos políticos integradores, configura una especie de retaliación sobre “los nuevos”, una extensión ilimitada de aquella amenaza al orden social que constituían los jóvenes en décadas anteriores. Pero también esa maniobra de “populismo criminológico” lucra y convoca una emocionalidad visceral, angustiada, que disemina la inseguridad propia del capitalismo en aquellos “visibles” que construimos como otros amenazantes.

Bibliografía

BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

_____, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en *Diario La Ley*, Año LXXIX, N° 73, Buenos Aires, 2015.

BOLÍVAR, Daniela, “La víctima en la justicia restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social”, en OLAIZOLA, Inés y FRANCÉS LECUMBERRI, Paz (eds.), *Justicia Restaurativa y Mediación*, Ediciones Universidad Pública de Navarra, 2011.

COHEN, Stanley, “Folks Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers”, en *Journal Contemporary Ethnography*, London, Paladin, 1973.

CORTÉS, Rosalía y KESSLER, Gabriel, “Miradas sobre la cuestión social en la Argentina democrática (1983-2013)”, en *Cuestiones de Sociología*, N° 9, 2013.

FONSECA, Claudia y CARDARELLO, Andrea, “Derechos de los más y menos humanos”, en TISCORNIA, Sofía y PITA, María (eds.), *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2005.

LATIMER, Jeff; DOWDEN, Craig y MUISE, Danielle, “The effectiveness of restorative justice practices: A meta-analysis”, en *Prison Journal*, vol. 85, N° 2, 2005.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, Anteproyecto de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, 2019. Disponible en: <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-penal/sistema-penal-juvenil/> [fecha de consulta: 10/06/19].

SHERMAN, Lawrence y STRANG, Heather, “Reducing harm to victims”, “Restorative justice in the UK: the four settings”, en *Restorative justice: the evidence*, London, The Smith Institute, 2007.

UNICEF, “Justicia juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad alternativas al proceso judicial en la Argentina”, 2018. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/justicia-juvenil> [fecha de consulta: 04/04/19].

_____, “Ideas para contribuir al debate sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil”, 2019.

VIANNA, Adriana, “Derechos, moralidades y desigualdades: consideraciones a partir de procesos de guarda de niños”, en VILLALTA, Carla (comp.), *Infancia, justicia y derechos humanos*, Bernal, Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes, 2010.