

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA



2021

5. JUSTICIA PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS

LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA ALTERNATIVA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE JUSTICIA JUVENIL RESPETUOSO DEL PARADIGMA DE DERECHOS HUMANOS

Daniela Andrea Vetere

VOCES: JUSTICIA RESTAURATIVA. MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. REPARACIÓN. CONCILIACIÓN. RÉGIMEN PENAL JUVENIL. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Cítese como: Vetere, D.A. (2021). Justicia Penal Juvenil y derechos humanos. La justicia restaurativa: una alternativa para la construcción del paradigma de derechos humanos. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 128-222.

JUSTICIA PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS¹

LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA ALTERNATIVA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE JUSTICIA JUVENIL RESPETUOSO DEL PARADIGMA DE DERECHOS HUMANOS

Daniela Andrea Vetere²

1. INTRODUCCIÓN

La participación de adolescentes en hechos que constituyen infracciones a la ley penal genera siempre una profunda conmoción social, innumerables debates televisivos y artículos periodísticos. Afortunadamente, también se producen abordajes más serios y reflexivos, en especial en ámbitos académicos y legislativos.

¿Pero qué implica la construcción de un sistema de justicia penal juvenil? A esta altura de la cuestión, a 30 años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño³, parece estar fuera de discusión que cualquier abordaje respecto de los adolescentes infractores o presuntos infractores no puede reducirse a un análisis jurídico. Mucho menos a la letra de la norma escrita, sino que se requiere de múltiples herramientas para dar respuestas que se pretendan “eficaces”. Cabe preguntarse, por tanto: ¿Qué respuesta estatal sería “eficaz”?

Puede partirse de cierto nivel de acuerdo: alguna respuesta estatal es necesaria por varias cuestiones. Entre ellas, porque el Estado debe organizar las consecuencias jurídicas frente a la infracción a la ley en el marco y con los límites que impone el Estado de Derecho. Pero, además, porque la percepción en el imaginario social de que “nada se hace” genera reacciones desmesuradas. Es así como se escuchan propuestas que van desde el encierro indefinido, la aplicación de tratamientos compulsivos por el consumo problemáticos de sustancias, la institucionalización desde una lógica tutelar que ya debiera haber sido superada, hasta la aplicación del derecho penal de adultos, con sus versiones más o menos duras.

Existen varias cuestiones en relación al tema de los adolescentes y el delito, que es necesario poner de resalto para pasar a los aspectos más propositivos respecto de la

¹ La presente publicación se basa en Trabajo Final Integrador elaborado en el marco de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela de Servicio de Justicia (UNLaM). El trabajo fue presentado en el primer semestre de 2019, por lo que los datos consignados corresponden al año 2018, últimos disponibles a esa fecha.

² Abogada por la Universidad de Buenos Aires (2003), Especialización en Magistratura por la Universidad de la Matanza (2020), prosecretaria administrativa de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación. Ex coordinadora del área jurídica de la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Autora de publicaciones sobre derechos humanos y niñez.

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989, entrada en vigor el 02/09/1990. La República Argentina ratificó dicho instrumento el 04/12/1990 y le otorgó jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 en el año 1994.

respuesta estatal que aquí se pregona. En primer lugar, se observa un deseo de que el sistema penal aborde y resuelva vulneraciones de derechos económicos, sociales y culturales que escapan por completo a su competencia, a la formación de sus operadores, a sus recursos legales y herramientas procesales disponibles.

Por tanto, resulta preciso debatir qué es correcto esperar como resultado de la intervención estatal a través de su sistema punitivo o, al menos, qué es lo que debe esperarse del sistema de justicia juvenil y, en consecuencia, qué será aquello que no resultará objeto de su competencia y requerirá de otros actores estatales. Es decir, ante qué situaciones se reacciona, con qué alcance podrá realizar intervenciones y qué escapa por completo de su ámbito de aplicación. En este sentido, parece de gran relevancia realizar un análisis sobre las funciones de un sistema de justicia penal juvenil, comprendiendo las “limitaciones” o a aquellas cuestiones que no deberá, ni podrá, aunque lo intente, resolver.

Así, los operadores del sistema de justicia penal juvenil deberán tener plena conciencia de que trabajan en el marco de un sistema penal selectivo, donde el diseño de política criminal se basa en patrones discriminatorios, que apuntan especialmente al delito urbano contra la propiedad, especialmente aquellos cometidos en la vía pública. Dicha política es ejecutada por las fuerzas de seguridad y tiene como destinatarios principales a adolescentes y jóvenes que provienen de sectores populares, a quienes no podrá garantizarle una mayor igualdad social desde el sistema penal, ni el acceso y restitución de sus derechos. Tener en claro el alcance de su labor y las limitaciones permitirá abordar el trabajo sin caer en una constante frustración.

Como se verá, ello no implica desentenderse de estas cuestiones, sino por el contrario, conlleva a comprender a qué instancias apelar o con qué organismos interactuar a fin de no ampliar el ámbito penal a esferas ajenas a sus competencias. Frente a esto, no se propone un sistema integrado con operadores insensibles o encapsulados en su recorte de realidad, sino actores que puedan emprender otro camino, conscientes del contexto social en donde operan, que puedan realizar su tarea como funcionarios del Estado en articulación con otras áreas de política social. Dentro del desarrollo del trabajo se buscará efectuar propuestas de interacción con las políticas sociales, ya que lo que se pretende es la construcción de un sistema de justicia que trabaje desde una perspectiva completamente diferente del derecho penal retributivo.

Al momento de debatir la ley No 26.061 de Protección Integral sobre Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes mucho se discutió sobre la relevancia de contar con una norma que permitiera avanzar en el efectivo acceso a tales derechos, para luego regular la cuestión penal juvenil. Es decir que la organización de la respuesta estatal frente a la infracción a la ley penal por parte de los adolescentes se postergó bajo el argumento de que era preciso organizar primero un sistema de protección y restitución de derechos. Sin embargo, a pesar de la aprobación de dicha ley en el año 2005, los niños, niñas y adolescentes continúan con serias dificultades en el acceso a sus derechos económicos y sociales y los sistemas de protección de sus derechos poseen serias falencias o se encuentran colapsados.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

El segundo problema que se observa, y por cierto de bastante mayor relevancia es que, salvo algunas experiencias, la respuesta estatal en torno a adolescentes infractores o presuntos infractores, se ha organizado de manera tal que responde a los postulados del sistema tutelar o de la justicia retributiva/punitiva en clara afectación al principio de especialidad. Todos conceptos que serán abordados a lo largo de los primeros dos capítulos. La reacción jurídica estatal frene a la comisión –o presunta comisión- de un delito por parte de un adolescente continúa siendo la aplicación en todo el país del decreto-ley No22.278 –emanado de la última Dictadura Cívico-Militar– y la utilización del Código Penal de la Nación en lo referido a la tipificación de los delitos y las penas. Esto implica que la privación de la libertad es la única sanción pasible de ser aplicada como pena a un adolescente. Incluso se han dictado sentencias de prisión perpetua que comprometieron la responsabilidad del Estado⁴.

Cabe mencionar que las normas procesales varían a lo largo del país y que algunas experiencias han intentado prácticas restaurativas novedosas. Sin embargo, estos avances no alcanzan a dar cabal cumplimiento con las obligaciones del Estado argentino en materia de derechos humanos y niñez. No todas las jurisdicciones cuentan con regulaciones procesales especializadas, las autoridades administrativas rara vez han organizado dispositivos no privativos de la libertad, los centros de régimen cerrado mantienen una impronta carcelaria y hasta se continúa con el alojamiento de adolescentes en comisarías en algunas jurisdicciones. En definitiva, la ley de fondo, las leyes procesales, las autoridades administrativas y la organización de los dispositivos – mayoritariamente restrictivos de la libertad ambulatoria- responden de manera preponderante al modelo de derecho penal tutelar y retributivo.

Ante este cuadro de situación, cabe preguntarse: ¿es posible seguir postergando el debate en torno al sistema penal juvenil a la espera de una situación de accesibilidad plena a los derechos económico-sociales de las personas menores de edad que no parece ser alcanzable, al menos a corto plazo? ¿Es suficiente con la reforma normativa para implementar una respuesta acorde a los estándares internacionales frente a la infracción a la ley penal? ¿Es posible avanzar en otros aspectos para la construcción de un sistema acorde a los parámetros de la Convención aún sin una ley penal juvenil reformada?

Frente a estos interrogantes se entiende necesaria y urgente la construcción de un sistema penal para adolescentes desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. El concepto de “sistema” (CRC, 2019:3) busca brindar la idea de una integralidad que no se limita a las instancias judiciales, sino que prevé la organización de diversos estamentos del Estado (áreas de la administración pública como: justicia, salud, educación, niñez; diversas instancias judiciales y ministerios públicos) y una red articulada con recursos comunitarios que permitan crear las herramientas necesarias de política pública en términos restaurativos.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). “Mendoza y otros vs. Argentina”. 14/05/2013. Tomó estado público una nueva sentencia por medio de la que se condena a prisión perpetua a una persona menor de edad: Superior Tribunal de Corrientes, 04/05/2017, Causa 14.836/6.

Para ello, este trabajo se iniciará desarrollando el marco normativo que conforma el antes mencionado corpus iuris en materia de derechos humanos y niñez de donde surgen los estándares. Luego, se procederá a desarrollar el principio rector en materia de adolescentes infractores o presuntos infractores, el principio de especialidad, analizando en cada aspecto el grado de cumplimiento por parte del Estado argentino.

En segundo lugar, se trabajará sobre los elementos que deben tenerse presente para la construcción de un sistema de justicia juvenil desde la perspectiva de derechos humanos, la que básicamente tendrá que poseer una lógica de intervención basada en la llamada "justicia restaurativa". Para ello, será necesario adentrarse en este modelo de resolución de los conflictos que se derivan del delito, explicar sus características, sus ventajas y efectos positivos respecto del modelo de justicia tradicional y fundar porque se entiende que este es el camino para la construcción de un nuevo modelo de justicia penal juvenil. Se abordarán también algunas tensiones, tales como la que podría generarse con respecto a las garantías constitucionales sustantivas y procesales, o el debate en torno a que delitos podrían ser objeto de resolución de conflicto o cuales no, la incorporación de perspectiva de género, la articulación con el sistema de protección o la conflictividad en los grandes centros urbanos.

En tercer lugar, se entiende necesario adentrarse en algunas experiencias para lo cual se realizaron entrevistas con actores claves a fin de consultar respecto de la implementación concreta de mecanismos restaurativos, así como obstáculos y dificultades observadas por los propios operadores. Para finalizar, también se entiende necesario realizar entrevistas a operadores judiciales, con el claro objetivo de conocer sus puntos de vista y su percepción sobre los desafíos para avanzar hacia una justicia juvenil restaurativa.

2. MÉTODO

Para la realización del presente trabajo se recopilaron normas, documentos emanados de organismos internacionales de derechos humanos y el análisis de textos bibliográficos sobre las dos áreas de trabajo planteadas (derechos humanos y niñez) a fin de realizar una propuesta de justicia penal para adolescentes que una a ambos paradigmas. Finalmente, se llevaron adelante entrevistas en programas de justicia restaurativa y a diversos operadores judiciales.

3. JUSTICIA PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS

El presente capítulo busca desarrollar el marco normativo que conforma el corpus iuris en materia de derechos humanos y niñez de donde surgen los estándares internacionales. Luego, se aborda el principio rector referido a adolescentes infractores o presuntos infractores, el principio de especialidad, analizando el estado de situación en la República Argentina.

3.1. CORPUS IURIS

Existe un largo recorrido del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niños niñas y adolescentes. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas se aprobaron diversos instrumentos, cuya naturaleza jurídica difiere⁵. En el año 1959 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Niño⁶. Años más tarde, en 1985, se aprobaron las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (en adelante "Reglas de Beijing")⁷.

La Convención sobre Derechos del Niño⁸ (en adelante CDN) sin duda ha sido el instrumento jurídico más relevante en la materia derechos humanos y niñez, además de ser el primer tratado que reconoció derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos a un colectivo específico. Entró en vigor en el año 1989 con un número de ratificaciones tan amplio, que daba cuenta del enorme consenso internacional que existía, y aún existe, respecto de la protección de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes. A la fecha 196 Estados son parte del tratado⁹.

Meses más tarde, ya en el año 1990, se adoptaron otros dos importantes instrumentos: las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad¹⁰ (Reglas de La Habana) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)¹¹.

Por su parte, en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹² (en adelante CADH) estableció en su artículo 19 que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición

⁵ En el marco de la Sociedad de las Naciones se había adoptado la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño aprobada por la V Asamblea el 26/12/1924.

⁶ Adoptada el 20/11/1959 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁷ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, el 28/11/1985.

⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989, entrada en vigor el 02/09/1990 y con jerarquía constitucional en la República Argentina conforme el artículo 75 inciso 22 en el año 1994.

⁹ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en. Última visita: 24/09/2021.

¹⁰ Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/113 el 14/12/1990.

¹¹ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 el 14/12/1990.

¹² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22/11/1969, entrada en vigor el 18/07/1978 y con jerarquía constitucional en la República Argentina conforme el artículo 75 inciso 22 en el año 1994.

de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” y el artículo 5.5, específicamente referido a la justicia juvenil, dispone, “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

Todo este importante conjunto de instrumentos internacionales en el ámbito universal y regional han sido interpretados por diversos organismos de protección de derechos humanos. Entre ellos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) que, en tal sentido, expresó:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana¹³.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) indicó que:

[...] el concepto de un corpus iuris en materia de niñez se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes¹⁴.

Es decir, este conjunto de instrumentos, que constituye lo que la Corte IDH ha entendido como un “amplio corpus iuris” a través de su jurisprudencia¹⁵, será el que fije los estándares de actuación y determine el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos de las personas menores de 18 años edad.

3.2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- Fundamentos y alcance

El principio rector en materia de justicia juvenil es el principio de especialidad, que implica la prohibición de que el Estado brinde la misma respuesta a una persona menor de edad frente a una infracción o presunta infracción a la ley penal, respecto de aquella que brindaría a un adulto en iguales circunstancias.

¹³ Corte IDH. Caso “Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala”. 11/09/1997, párr. 194.

¹⁴ CIDH. Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II Doc. 78. 13/07/2011, p. 5, párr. 16.

¹⁵ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC – 17/02 del 28/08/2002, Serie A N° 17, párr. 23 y 24; Caso “Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala”, Sentencia del 11/09/1997, Serie C N°77, párr. 194; Caso “Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay”. Sentencia de 02/09/2004. Serie C N°. 112, párr. 148 y 149; Caso “Gelman v. Uruguay”, Sentencia del 24/02/2011, Serie C N° 221, párr. 121; Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, Sentencia del 27/04/2012, Serie C, N° 242, párr.44; entre otros.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Si bien en una primera instancia esto parece algo evidente, sin embargo, la aplicación de este principio entraña una enorme complejidad, puesto que el estándar exigido requiere de grandes esfuerzos por parte de todos los órganos del Estado. Implica la necesidad de remover obstáculos, desterrar una lógica retributiva¹⁶ profundamente arraigada en normas y operadores, combatir activamente la inercia de prácticas instaladas, así como asignar recursos presupuestarios a programas que trabajen con los adolescentes bajo el paradigma de la CDN. Todos estos aspectos se abordarán en este apartado.

La base normativa de este principio se encuentra en el artículo 40.3 de la CDN:

Los Estados Parte 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... (lo resaltado no se encuentra en el original).

Del mismo modo, el ya mencionado artículo 5.5 de la CADH establece que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados...”. Tales disposiciones deben interpretarse, además, a la luz del artículo 19 de la CADH que establece que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” y del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ cuyo texto es casi idéntico.

Cabe recordar que estos instrumentos gozan de jerarquía constitucional en nuestro país conforme el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, la cual además prevé en el inc. 23 del mismo artículo que el Congreso debe:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (lo resaltado no se encuentra en el original).

Ahora bien, el fundamento en el que asienta el principio de especialidad radica en la etapa de desarrollo de la capacidad, de la autonomía y de la auto determinación de la

¹⁶ Las características de la justicia retributiva se desarrollarán en profundidad en el siguiente apartado. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que se ha expresado que “para los partidarios de la seguridad jurídica la pena se dirige a los que no han delinquido. Para los partidarios de la defensa social, la pena tiene efecto sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir, esto es, como prevención especial. Para estos la pena se dirige a los que han delinquido. Conforme a las opiniones más generalizadas en la actualidad, la pena, entendida como prevención general, es retribución, en tanto que, entendida como prevención especial, es reeducación y resocialización. La retribución devuelve al delincuente el mal que este ha causado socialmente, en tanto que la reeducación y la resocialización le preparan para que no vuelva a reincidir en el delito” (Zaffaroni, 1997:31-32).

¹⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966. Entrada en vigor: 23/03/1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto y con jerarquía constitucional en la República Argentina conforme el artículo 75 inciso 22 en el año 1994.

vida de los niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, la Corte IDH en ocasión de dictar la Opinión Consultiva 17 entendió que:

[e]s evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”¹⁸ (lo resaltado no se encuentra en el original).

También la Corte IDH, en el fallo “Mendoza vs. Argentina” expresó que:

[s]i bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil¹⁹ (lo resaltado no se encuentra en el original).

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) en el fallo “Maldonado”, desarrolló el fundamento jurídico del principio de especialidad, el que se deriva del principio de culpabilidad que sustenta la Constitución Nacional. Al respecto, expresó:

...la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia²⁰.

En relación a las personas menores de edad, agrega que:

...corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas²¹ (lo resaltado no se encuentra en el original).

Por tanto, concluye:

¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva No 17, cit., párr. 96.

¹⁹ Corte IDH. Caso “Mendoza y otros vs. Argentina”. 14/05/2013, párr. 145.

²⁰ CSJN. “Maldonado”. 07/12/2005. Fallos 328:4343, considerando 36.

²¹ CSJN. “Maldonado”, cit., considerando 37.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto [...]²² (lo resaltado no se encuentra en el original).

Respecto al fundamento del principio de especialidad también, puede encontrarse un aporte fundamental en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva No 17:

...vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos...²³.

La Corte IDH ha dejado en claro que:

...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 juvenil²⁴.

Quien además ha explicado con gran claridad el gran desafío que representa la construcción de un sistema de justicia especializado ha sido el Prof. Carlos Tiffer que propuso el siguiente concepto:

El principio de justicia especializada consiste en la obligación del Estado de dar una respuesta diferente cuando el infractor de la ley penal es una persona menor de edad. Diferenciación que debe reflejarse, en comparación con los adultos, en una concepción distinta del injusto penal, en un juzgamiento con mayor reforzamiento de las garantías judiciales, una intervención penal mínima, con una pluralidad de sanciones primordialmente socioeducativas, que podrían eventualmente ejecutarse o cumplirse por órganos especializados de la ejecución, en condiciones que permitan la reinserción social del infractor penal juvenil (lo resaltado no se encuentra en el original) (Tiffer, 2017: 60).

²² CSJN. “Maldonado”, cit., considerando 40.

²³ Corte IDH. Opinión Consultiva No 17, cit., párr. 8.

²⁴Corte IDH. Caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 146.

Como se ha expresado, la construcción de un sistema de justicia especializado no resulta una tarea sencilla, ya que la CDN exige en su art. 40.3 la especialización en al menos cuatro aspectos: a) leyes, b) procedimientos, c) autoridades y d) instituciones. Cabe entonces analizar el alcance de este principio en cada uno de los diversos aspectos que lo integran y vincularlo con el estado de situación en la República Argentina.

- **Leyes específicas**

Conforme el ya mencionado art. 40.3, los Estados deben promover el establecimiento de leyes específicas. Podría interpretarse que lo que la CDN indica es la sanción de una legislación de fondo que regule los aspectos atinentes a los adolescentes que se acuse o declare responsable de una infracción a la ley penal. No se brindan mayores precisiones sobre el contenido del término, por lo tanto, cada Estado debe resolver que aspectos se pueden regular conforme su organización interna.

Es claro que en la República Argentina el Congreso Nacional es quien debe dictar la legislación de fondo. Ello implica que el Poder Legislativo determina que conductas son pasibles de ser perseguidas penalmente si son cometidas por una persona menor de 18 años de edad²⁵.

Es decir, un régimen penal juvenil puede definir los tipos penales²⁶, eventualmente, remitirse al Código Penal. En este último caso podría una ley especial indicar qué delitos serán pasibles de imputación a una persona menor de 18 años de edad y cuáles no, o sea cuando se renuncia a la persecución penal de un adolescente. Por ejemplo, la ley actual establece que no son susceptibles de ser punibles los adolescentes de 16 y 17 años respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. Varios proyectos de ley elevaban ese mínimo a tres años.

Otro aspecto de relevancia fundamental será fijar una edad mínima, conforme indica el art. 40.3 a). Sin duda éste ha sido el principal obstáculo en nuestro país para avanzar con una nueva normativa. Cabe recordar que el Comité sobre los Derechos del Niño, en sus Observaciones Generales No 10 y 24 brindó algunas pautas para ello²⁷ y específicamente

²⁵ Desde la ratificación de la CDN hasta la finalización del presente trabajo, se han presentado decenas de proyectos de ley de reforma del sistema de justicia penal juvenil de diversos bloques. En el año 2009 se obtuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación del Proyecto 0734-S-08. Luego éste obtuvo dictamen en Comisiones en la Honorable Cámara de Diputados con modificaciones, específicamente en lo referido a la franja etaria de aplicación del proyecto que elevaba la edad mínima nuevamente a los 16 años. Finalmente perdió estado parlamentario. A la fecha de finalización del presente trabajo contaban con estado parlamentario al menos 8 proyectos de reforma incluido el proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

²⁶ A modo de ejemplo puede mencionarse el proyecto de la Diputada Stolbizer, Margarita Rosa, Proyecto 0882-D-2017 o el de la Diputada Donda Pérez, Victoria Analía, Proyecto 1330-D-2015.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, párr. 30 a 35 y Observación General No 24 Relativa a los Derechos del Niño en el sistema de Justicia juvenil, CRC/C/GC/24, párr. 20 a 24.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

se expidió sobre este punto en sus últimas recomendaciones para la República Argentina. Allí indicó al Estado que:

Apruebe una ley general de justicia juvenil compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil, en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad solo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal²⁸ (lo resaltado no se encuentra en el original).

Cabe señalar también que una nueva ley de fondo deberá consagrar el “principio de oportunidad” en tanto se condice con lo establecido en el art. 40.3 b) el que específicamente indica:

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 (lo resaltado no se encuentra en el original).

Será a través de este principio que se podrá recurrir a diversas herramientas entre las que pueden mencionarse las más usuales y reconocidas en nuestro país como la remisión de casos, la mediación penal o la conciliación. También podría mencionarse otras experiencias como los círculos familiares o comunitarios, conferencias, etc. Será la incorporación del criterio de oportunidad lo que imprima a la ley penal juvenil una lógica que se aleje de la tradicional justicia retributiva²⁹.

Una nueva ley penal juvenil que se adecúe a los estándares de derechos humanos, debiera estar basada en un modelo restaurativo, respecto de lo que se hará el correspondiente desarrollo en el próximo capítulo. En lo que aquí interesa, cabe señalar que se adhiere a la idea de que se trata de un enfoque (Zehr,2017), una perspectiva del delito que define al crimen como “una herida a la comunidad, un daño a las relaciones, las relaciones dañadas son tanto causa como efecto del crimen. Subyace una fuerte idea de interdependencia, de red como elementos entrelazados donde hay funciones, obligaciones. Cuando sucede un daño éste expande sus consecuencias a toda la red” (Greco, 2016a:12).

Al respeto el Comité de Derechos del Niño entendió que:

24. De acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tratarán de promover medidas (...) que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable. Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves, deberán

²⁸Comité de los Derechos del Niño; Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, CCR/C/AR/G/CO/5-6, párr. 44, inciso a).

²⁹ Si bien se abordará el tema con más detalle en el siguiente capítulo, no puede dejar de señalarse que se cuándo se habla de justicia retributiva se entiende “como un modo específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada y que posee como característica principal el sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada” (Alliaud, 2009:2).

estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.

25. El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales. Si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías.

26. Los Estados Partes deben adoptar medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales en el marco de su sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos de los niños y las garantías legales (art. 40 3 b)³⁰ (lo resaltado no se encuentra en el original).

Esta Observación General fue reemplazada por la ya citada Observación General No. 24 del Comité de Derechos del Niño relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Esta nueva OG se ocupó de ratificar los criterios de la OG 10 y brindar pautas concretas en los párrafos 15 a 18. Al respecto señaló:

15. En muchos sistemas de todo el mundo se han introducido medidas relativas a los niños que evitan recurrir a procedimientos judiciales y que generalmente se denominan medidas extrajudiciales. Estas medidas implican derivar asuntos fuera del sistema de justicia penal oficial, por lo general a programas o actividades. Además de evitar la estigmatización y los antecedentes penales, este criterio resulta positivo para los niños, es acorde con la seguridad pública y ha demostrado ser económico.

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

La Corte IDH ha indicado en este sentido que:

Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, (...), pero sin alterar o disminuir los

³⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 10, cit., párr. 24 a 26.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

derechos de las personas. En este sentido son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad³¹(lo resaltado no se encuentra en el original).

Otro de los aspectos centrales de una nueva norma es la regulación de manera específica las consecuencias jurídicas aplicables cuando se determine la responsabilidad penal de una persona por un hecho cometido antes de los 18 años de edad. Dicho en términos más simples: las sanciones.

Allí, el principio rector es el art. 37 inc. b de la CDN que dispone que la privación de libertad será una medida de último recurso y por el plazo más breve que proceda. Esto indica que deben regularse otras medidas o sanciones, que se aplicarán de manera previa o al menos que deberá argumentarse fundadamente la causa por la que se descartan.

El art. 40.4 de la Convención establece que:

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Por otra parte, la Regla 18 de las Reglas de Beijing propone medidas tendientes a evitar la restricción de la libertad. Allí se indica:

Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: 1. Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; 2. Libertad vigilada; 3. Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; 4. Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; 5. Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; 6. Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; 7. Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; 8. Otras órdenes pertinentes.

En el mismo sentido se expresa la Regla 8.2 de las Reglas de Tokio que indica:

Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes: a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; b) Libertad condicional; c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) Incautación o confiscación; f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) Suspensión de la sentencia o condena diferida; h) Régimen de

³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva No 17, cit., párr. 135.

prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

También el Comité sobre los Derechos del Niño se ha expresado al respecto:

La decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal. De acuerdo con las observaciones formuladas en la sección B, el Comité desea subrayar que las autoridades competentes -el fiscal, en la mayoría de los Estados- deben considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria³².

El Comité de Derechos del Niño, también ha señalado en sus últimas recomendaciones para la República Argentina la obligación de que el Estado:

c) Promueva la adopción de medidas no judiciales, como las sanciones alternativas, la libertad condicional, la mediación, el apoyo psicológico o el trabajo comunitario, y, cuando sea posible, utilice medidas alternativas a la imposición de penas³³.

Podría afirmarse que una nueva norma también regulará pautas mínimas o límites en cuanto a la aplicación de medidas cautelares, como por ejemplo plazos máximos de aplicación de prisión preventiva. En último lugar una nueva ley debería regular claramente los aspectos relativos a la ejecución de las sanciones. Por ejemplo, indicando que la totalidad de la pena se cumpla en instituciones especializadas, establecer el control judicial especializados, la facultad de revocar o modificar la sanción, morigerar la privación de libertad, entre otros aspectos.

Ahora bien, cabe mencionar brevemente el estado de situación de la República Argentina. En nuestro país, luego de quince años de vigencia de la CDN, el Congreso Nacional sancionó con fecha 28 de septiembre de 2005 la Ley No 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Dicha norma derogaba la vieja Ley No 10.903 de "Patronato de Menores" y abría así un nuevo camino de reconocimiento de las personas menores de 18 años de edad como sujetos de derecho. Cabe destacar que la Ley No 26.601 receptó esta idea de corpus iuris que la Corte Interamericana ha plasmado en su jurisprudencia a través de la reglamentación del artículo 19³⁴.

³² Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 10, cit., párr. 68.

³³ Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina; CRC/C/ARG/CO/5-6, párrafo 44 inc. c.

³⁴ La reglamentación del artículo 19 del decreto PEN No 415/2006 (17/04/2006) expresa: "La privación de libertad personal adoptada de conformidad con la legislación vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse parte integrante del artículo 19º en su aplicación, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En lo que refiere específicamente a los temas de justicia penal juvenil el proceso de reforma normativa no ha logrado concretarse. La regulación referida a los adolescentes infractores se encuentra en el decreto-ley No 22.278/22.803³⁵ emanado de la última dictadura cívico-militar que establece en su artículo 1º, primer párrafo:

No es punible el menor que no haya cumplido DIECISEIS (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido DIECIOCHO (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de DOS (2) años, con multa o con inhabilitación.

Dicha norma indica que serán punibles los adolescentes de 16 y 17 años (a excepción de aquellos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de DOS (2) años, con multa o con inhabilitación). Las personas menores de 16 años no son punibles, pero si susceptibles de quedar sujetas a tratamiento tutelar. Es importante destacar que esta normativa ha recibido infinidad de cuestionamientos por parte de la jurisprudencia nacional³⁶, de organismos internacionales de derechos humanos³⁷ y de la

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990” (Lo resaltado no se encuentra en el original).

³⁵Decreto-ley N°22.278 - Régimen Penal de la Minoridad, promulgado el 25/08/1980 y publicado en el B. O. el 28/08/1980. Modificado por el decreto-ley N°22.803, promulgado el 05/05/1983 y publicado en el B.O. el 09/05/1983.

³⁶ Entre los que pueden destacarse los siguientes fallos: CSJN; “Maldonado”, 07/12/2005, Fallos 328:4343; CSJN; “R. M., J. L. s/ causa No 3202”, Fallos: 329:4770, 31/10/2006; CSJN; “L., L. A. s/ causa No 5400”, Fallos: 330:52, 18/12/2007; CSJN; “Reinoso” Fallos, 329:518, 07/03/2006; CSJN; “García Méndez, Emilio y Musa Laura s/causa No 7537”, Fallos: 331:2691, 02/12/2008; CSJN, “Marteau”, Fallos 332:512, 17/03/2009; CSJN; “G., J. L.”, Fallos: 333.1053, 15/06/2010; CSJN, “Ayala” A. 1331. XLIII, 24/08/2010. CSJN; “A., D. D.”, CSJN, A. 1008. XLVII. REX, 05/08/2014; CSJN; “R., B. S. y otro s/ incidente tutelar”, CSJ 551/2012 (48-R) CSI, 22/12/2015; CSJN; “Cejas Meliari, Ariel s/habeas corpus”, CSJ 2957/2015/RHI, 15/04/2015; CSJN, “A., C. J.”31/10/2017.

³⁷ El Comité de Derechos del Niño en ocasión de emitir las Observaciones Finales para Argentina en el año 2002 manifestó preocupación por la ley No 22.278 (CRC.C.15. Add.187). Posteriormente, al elaborar las Observaciones Finales respecto del 3º y 4º informes periódicos en el año 2010 reiteró que “El Comité insta al Estado parte a velar por que las normas de justicia juvenil se apliquen plenamente, en particular los artículos 37 b), 39 y 40 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). En particular, el Comité recomienda al Estado parte que, teniendo en cuenta la Observación general N° 10 (2007) del Comité, relativa a los derechos del niño en la justicia de menores: a) Derogue la Ley N° 22278, relativa al régimen penal de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil” (CRC/C/ARG/CO/3-4) (el destacado es agregado).

El Comité manifestó preocupación por la falta de avances en materia de justicia penal juvenil en ocasión de emitir las recomendaciones finales para Argentina respecto del 5º y 6º informes periódicos (CCR/C/AR/G/CO/5-6). En tal sentido, se aborda lo referido a la justicia juvenil en los párrafos 43 a 46. Cabe mencionar específicamente el párrafo 44 donde indica: “Reiterando sus recomendaciones anteriores y remitiéndose a su observación general núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, el Comité recomienda al Estado parte que: a) Apruebe una ley general de justicia juvenil

doctrina (Beloff 1999 y 2001). Sin embargo, no ha resultado posible aún derogar dicha legislación y reemplazarla por una nueva norma acorde a los estándares internacionales de derechos humanos.

La falta de especialización también se manifiesta en la tipificación de los delitos, así como en las penas aplicables a los adolescentes punibles, previstas en el Código Penal de la Nación. La única posibilidad de atenuar la sanción que se prevé en el decreto-ley No 22.278 se encuentra en el art. 4º. Allí se establece que luego de declarada la responsabilidad penal del adolescente, habiendo realizado un año de “tratamiento tutelar” y cumplido los 18 años de edad, el juez evalúa la necesidad de aplicar la pena, reducirla en grado de tentativa o absolver al joven³⁸.

Por lo tanto, la reforma normativa a nivel nacional resulta indispensable para avanzar hacia un régimen de justicia especializada conforme los estándares internacionales. Ahora bien, esta afirmación no obsta a continuar bregando por la aplicación de los estándares normativos de manera directa, discutiendo la constitucionalidad de la ley actual y poniendo en cuestión las prácticas instaladas en los estrados judiciales. Así, por ejemplo, ¿podría solicitarse la remisión, la mediación penal o la aplicación de sanciones distintas de las previstas en el Código Penal invocando disposiciones de los instrumentos internacionales mencionados en el presente capítulo? Es claro que la falta de norma de fondo se podría soslayar si las normas procesales, las prácticas judiciales y las políticas públicas tuvieran anclaje en los estándares internacionales.

Para finalizar este apartado, cabe señalar que varias provincias han sorteado los obstáculos de la falta de ley de fondo a través de normas provinciales de protección, dictando normas de procedimiento o creando programas de mediación penal juvenil, lo que se verá en los apartados siguientes.

- **Procedimientos específicos**

En cuanto a la legislación procesal, que el artículo 40.3 denomina “procedimientos”, cabe mencionar que algunas provincias han aprobado normas procesales especiales

compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil, en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad solo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal (...).”

La Corte IDH por su parte en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” en el párrafo 20 de la parte resolutoria dispone: “El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil (...).”

En igual sentido se expresó la CIDH en el Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II Doc. 78, 13/07/2011, p. 26, párr. 88.

³⁸ Es importante señalar que la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido regresiva en cuanto a los estándares de interpretación del decreto-ley No 22.278 a la luz de la Convención sobre Derechos del Niño (Vetere, 2018)

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

constituyendo un avance en la construcción de un sistema de justicia juvenil respetuoso de los derechos de los jóvenes³⁹.

La legislación procesal es vital ya que allí se regula el criterio de oportunidad y otras salidas anticipadas del proceso, así como las medidas cautelares. En ese marco debe establecerse que la privación de libertad como medida cautelar será un último recurso luego de descartarse medidas menos gravosas. También la legislación local regula en sus normas la organización de la justicia especializada.

El avance en las legislaciones provinciales ha sido lo que abrió camino a numerosas experiencias valiosas de justicia restaurativa en distintas jurisdicciones. Sin embargo, se ha tratado de iniciativas aisladas que no se han replicado de manera suficiente en todo el país.

En el caso del Poder Judicial de la Nación con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, frente a la imputación de delitos ordinarios y/o federales, se utilizan las previsiones del Código Procesal Federal, el cual no posee un procedimiento especializado en materia de justicia penal juvenil.

La falta de herramientas procesales especializadas ha implicado la persistencia de prácticas en los operadores jurídicos que continúan inmersos en la lógica tutelar y el derecho penal retributivo. Todavía se observan intervenciones plagadas de eufemismos a la hora de aplicar la privación de libertad a las personas menores de edad en centros de régimen cerrado, donde en muchos casos se las continúa denominando “internaciones”.

Ahora bien, en diciembre de 2014 se sancionaba la ley N°27.063 que aprobaba un nuevo Código Procesal. Dicha norma fue reformada y parcialmente suspendida hasta que, en diciembre de 2018, a partir de la sanción de la ley N°27.482 finalmente entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal Federal cuya implementación se prevé a mediano plazo.

Dicho plexo normativo trae interesantes cambios que permitirán, como ya ha ocurrido en otras provincias, la posibilidad de aplicar mecanismos de justicia restaurativa para adolescentes, a pesar de no haber regulado un procedimiento específico. Por una parte, el artículo 22 indica que los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social. Por otra, los artículos 30 y ss., incorporan las reglas de disponibilidad de la acción y los criterios de oportunidad.

³⁹ Para mayor información ver: “Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil: conceptos, perspectivas y mecanismos procesales para su implementación” (Secretaría de Derechos Humanos, 2010); “Procedimientos Penales Juveniles a nivel provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial” (SENAF-UNICEF, 2012); “Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal (SENAF-UNICEF, 2015); Justicia Juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en el Argentina” (UNICEF, 2018)

Cabe mencionar asimismo que la ley No 27.147 modificó el art. 59 del Código Penal quedando redactado del siguiente modo:

La acción penal se extinguirá [...] 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

Por tanto, aunque la jurisprudencia no haya sido unánime respecto de su aplicación (Masaro y Montenegro, 2016)⁴⁰ en virtud de la suspensión de la aplicación del nuevo Código Procesal Penal (ley N°27.062), a la fecha del presente trabajo ya no caben dudas respecto de su entrada en vigor. A ello debiera sumarse como argumento que, en materia penal juvenil, el sustento normativo internacional brinda base legal para la aplicación de estos institutos. Al respecto se ha expresado que:

La conciliación del artículo 59 inciso 6º del CP en el marco de un proceso penal no es sólo un mecanismo que nos permite extinguir la acción: es también, y por sobre todo, uno de los mecanismos de justicia restaurativa que nos permite devolver a las partes sus conflictos y uno de los mecanismos que visibiliza a las víctimas al interior del sistema de justicia. Un instituto que restaura el daño causado por la ofensa o el delito, logra participación ciudadana en el sistema de justicia, democratiza los clásicos sistemas punitivos, y reencausa el lazo comunicacional que se ha roto a través del conflicto (Fava, 2018: 9).

En la misma línea, cabe destacar que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación mediante la Resolución No 813/2018 (RESOL-2018-813-APN-MJ) aprobó el “Protocolo Federal en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos” por medio del cual se procura constituir una herramienta de trabajo a nivel federal para la aplicación de medios de resolución de conflictos en las distintas jurisdicciones del país como así también un instrumento de sensibilización de los operadores involucrados.

- **Autoridades e instituciones específicas**

De la lectura del artículo 40.3, puede desprenderse que el principio de especialidad no se agota con la sanción de normas, sino que exige autoridades e instituciones específicas. Estos dos aspectos –autoridades e instituciones–, abarcan operadores judiciales, autoridades administrativas e instituciones especializadas.

La Corte Interamericana se ha ocupado de dejar en claro que alcance tiene este principio rector, así indicó que la justicia especializada “involucra tanto a la legislación o marco

⁴⁰ En tal sentido ver: Boletín de Jurisprudencia. Reparación y Conciliación. Elaborado por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa. Disponible en:

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2018.11.%20Reparaci%C3%B3n%20y%20conciliaci%C3%B3n.pdf>. Última visita: marzo de 2019.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil”⁴¹.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que:

...la especialización requiere leyes, procedimientos e instituciones específicos para niños, además de capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil. Estos requisitos de especialización se aplican a todo el sistema y a las personas que en él laboran, incluyendo al personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas por los tribunales, y al personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad. Los requisitos de especialización también se aplican a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños y las niñas⁴² (lo resaltado no se encuentra en el original).

También el Comité sobre Derechos del Niño señaló que:

...un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada⁴³.

En cuanto al sistema de justicia, resulta necesario señalar que los operadores judiciales debieran contar con formación en los estándares de derechos humanos en materia de niñez. Se observa que las autoridades judiciales en las primeras etapas del proceso (instrucción y juicio) cuentan con jueces, fiscales y/o defensores “de menores” –o del joven si cuentan con una normativa procesal más avanzada–. Sin embargo, la denominación del fuero como “de menores” no ha sido suficiente para la creación de una justicia especializada. Con normas vetustas y procedimientos previstos para adultos como en el caso de la justicia nacional y federal, se percibe poco impacto en las prácticas. Por otra parte, las instancias de apelación ordinarias y extraordinarias directamente no son especializadas.

En cuanto a las autoridades administrativas e instituciones, el desarrollo de políticas públicas en materia de justicia juvenil ha sido desigual a lo largo del país. Se observa que los programas de justicia restaurativa o al menos, programas no restrictivos de la libertad, han tenido poco desarrollo y en general se ha tratado de experiencias aisladas⁴⁴. También la autoridad a cargo de las políticas públicas para adolescentes infractores varía según cada jurisdicción, en algunas provincias es el Ministerio de Desarrollo Social, en otras es el Ministerio de Justicia y en finalmente en algunas, es el Ministerio de Gobierno, que usualmente tiene a su cargo de las fuerzas de seguridad.

⁴¹ Corte IDH. Caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 146.

⁴² CIDH. Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, cit. párr. 85.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 10, cit., párr. 92.

⁴⁴ En tal sentido ver: Relevamiento nacional sobre adolescentes en conflicto con la ley penal (SENAF-UNICEF, 2015), cit., p. 15.

Finalmente, en lo referido a las instituciones de privación de libertad, cabe recordar que la Regla No 22 de las Reglas de Beijing específicamente aborda la obligación de los Estados de contar con instituciones, autoridades y personal especializadas. En lo que hace al personal de los centros de régimen cerrado la Regla 82 RMPL expresa que “la buena marcha de los centros depende de su integridad, actitud humanitaria, capacidad y competencia profesional. La Corte IDH ha expresado que “las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido”.⁴⁵ Al respecto se observa que los centros de privación de libertad con frecuencia se encuentran separados de los adultos, sin embargo, en algunas provincias aún está permitido el alojamiento de adolescentes en dependencias policiales, en otras, se asigna a las personas menores de edad un pabellón de una cárcel general. También en algunos lugares de país, pueden detectarse al interior de los centros de régimen cerrado agentes penitenciarios sin ninguna especialización.

3.3. HACIA UN NUEVO PARADIGMA EN MATERIA PENAL JUVENIL

Puede deducirse de todo lo dicho en los apartados precedentes que el principio de especialidad implica una protección y trato a los adolescentes de carácter diferenciado respecto de los adultos. En este sentido, se explicó que el fundamento de esta norma radica en que se considera que las personas menores de edad aún se encuentran en proceso de formación de su subjetividad, no han alcanzado la total madurez y desarrollo de su autonomía.

Para desarrollar una justicia especializada debe tenerse como objetivo la finalidad de las intervenciones establecida en el ambicioso artículo 40.1 de la CDN que indica que el objetivo de la justicia juvenil será:

...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 del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Por tanto, si el sistema de justicia juvenil debe fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, entonces las intervenciones deben propiciar los mecanismos que permitan una adecuada responsabilización subjetiva. La propuesta de una justicia juvenil no busca la desresponsabilización o la impunidad del adolescente. Esto es, el adolescente tiene que atravesar el mecanismo o procedimiento que le permita comprender que sus acciones pueden causar un daño a otros. El sistema de justicia penal juvenil especializado debería impactar en la subjetividad del adolescente de manera constructiva y para ello los procesos deben tener un fin socio-educativo y no meramente retributivo.

Asimismo, si el sistema de justicia penal juvenil tiene por fin fomentar el sentido de la dignidad y el valor en el adolescente, las intervenciones deben tener en mira la dignidad del niño, la integralidad del cumplimiento de sus derechos, incluso articulando con las políticas sociales que brinden un acceso en condiciones de igualdad y no discriminación.

⁴⁵ Corte IDH, Caso “Bulacio Vs. Argentina”. 18/09/2003, párr. 136.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Si una persona menor de edad, además de responsabilizarse por el daño causado, no logra acceder a sus derechos elementales básicos, entonces será imposible que este asuma una función constructiva en la sociedad. En este sentido se ha expresado que:

Desde una perspectiva integral, así como se ubica la responsabilidad subjetiva del joven en relación al hecho cometido, también debe poner la mirada sobre la responsabilidad que le cabe al resto de la comunidad (Familia, Escuela, Club, Asociaciones Civiles, etc.) para facilitar la reinserción social y acompañar el proceso. En igual sentido, es ineludible la responsabilidad del Estado como garante de los derechos fundamentales y la restitución de los que le hubiere vulnerado, garantizando en su totalidad los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del joven (Gudiño y Lugano, 2015: 22).

Por lo tanto, las normas deben contar con adecuadas herramientas para alcanzar esos fines, el diseño de política pública debe contar con programas y recursos orientados a que el joven alcance tales objetivos y finalmente, todos los actores involucrados deben tener una formación adecuada en los principios de la justicia juvenil. Se requiere de operadores y funcionarios en el sistema de justicia capaces de entender la necesaria interacción con las políticas públicas de protección y restitución de derechos, conscientes de las limitaciones del sistema penal, especialmente, del sistema de justicia retributiva.

El cambio sustancial que hace a la justicia juvenil y la diferencia de la justicia de adultos debe radicar en su lógica. El artículo 40.1 desplaza la justicia retributiva —o al menos indica que deberá operar de manera residual y como última instancia— y consagra el paradigma de la justicia restaurativa. Ello ya que, aunque no mencione dicho término expresamente, esta norma debe ser leída junto con el art. 40.3 que indica que siempre que sea apropiado y deseable se evitará recurrir a procedimientos judiciales. Las Reglas de Tokio, así como la Regla 18 de las RAJM refuerzan esta idea de evitar el atravesamiento por procesos judiciales que traerán como corolario la aplicación de una sanción cuya naturaleza sea la misma que la aplicable a los adultos, es decir la pena privativa de la libertad.

Para concluir, entonces, cabe abordar en el próximo capítulo los elementos que deben tenerse presente para la construcción de un sistema de justicia juvenil desde la perspectiva de derechos humanos, cuya lógica de intervención se basa en la justicia restaurativa. Para ello, será necesario adentrarse en este modelo de resolución de los conflictos que se derivan del delito, explicar sus características, sus ventajas y efectos positivos respecto del modelo de justicia tradicional.

4. JUSTICIA PENAL JUVENIL RESTAURATIVA

En el presente capítulo se abordarán las características necesarias para la construcción de un sistema de justicia juvenil desde la perspectiva de derechos humanos, la que básicamente tendrá que poseer una lógica de intervención basada en la llamada “justicia restaurativa”. Para ello, será necesario adentrarse en el modelo de resolución de los conflictos que se derivan del delito, explicar sus características, sus ventajas y efectos positivos respecto del modelo de justicia tradicional y así fundar porque se entiende que este es el mejor camino posible para la construcción de un nuevo modelo de justicia penal juvenil.

4.1. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA

Para dar comienzo a este capítulo, se entiende necesario realizar algunas consideraciones en torno al sistema de justicia denominado “retributivo”. Desde un paradigma que se denomina tradicional, se ha visualizado al delito como una afrenta al Estado, se trata de un hecho que irrumpe en la paz social, que a través de la acción del sistema de justicia penal será restituida. Así, Beccaría indicaba que:

Las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con seguridad y tranquilidad. La suma de todas las porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador de ellas. Mas no bastaba con formar este depósito; era necesario defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, quien trata siempre de quitar del depósito no sólo la propia porción, sino también la de los otros (Beccaria, 2000: 45-46).

Como corolario nace una concepción de la justicia en la cual:

...el Estado debe encargarse de defender los intereses del conjunto de la sociedad (idea embrionaria del Ministerio Público), que se consideran vulnerados por el delito, sea porque éste lesiona la organización social o la actividad del Estado, o porque afecta los derechos de cada individuo cuya protección se asume como un rol oficial, con la participación de los afectados por el delito, primero, luego sin ella, e incluso hasta contra su voluntad (fenómeno actual denominado como expropiación o confiscación estatal del conflicto penal) (Cafferta Nores, 2007: 31).

Se han identificado tres principios del sistema retributivo:

Primero, la sanción y el castigo son la clave de la respuesta frente al delincuente; castigar es la reacción necesaria frente aquellos que cometen delitos. Segundo, la satisfacción de la víctima se agota en el castigo al delincuente y, consecuentemente, esto es lo que el sistema busca procurarle reduciendo al máximo su participación durante el proceso. Tercero el delincuente debe ser identificado y aislado de la comunidad porque es desde este aislamiento desde dónde se logra una mayor eficiencia del castigo y, en todo caso, un aumento de la eficacia de los procesos de resocialización (Calvo Soler, 2018: 3).

Es claro que esta organización del sistema de justicia atraviesa una crisis importante de confianza por parte de la población y respecto de la realidad de su operatoria. Podrían enumerarse entre los problemas más destacados del sistema penal la falta de acceso a la justicia, el colapso de los tribunales por el caudal de causas, la excesiva demora en los plazos procesales y una cada vez más marcada selectividad del sistema que persigue a sectores altamente vulnerables.

Las cárceles rebalsan de personas que no tienen condena, aplicándose medidas cautelares de duración prolongada. La privación de libertad como medida cautelar no se utiliza como modo de asegurar el proceso, sino que funciona como pena anticipada y se

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

encierra aquellas personas que son estigmatizadas como “peligrosas”. Así, se ha expresado que:

Tal como ya se avizora, el fenómeno de la inflación del Derecho penal material, también llamado expansión del Derecho penal, panpenalismo o neopunitivismo, y con mayor altura poética en lengua hispana, fascinación frente al Derecho penal, ha posibilitado una apertura de su aplicación y, con ello, de la llamada pena anticipada –precisamente por el encarcelamiento preventivo- que tanto una como otra pasaron de ser conocidos como ultima ratio de la política social, a ser primas donnas de ella, sanalotodos de cualquier enfermedad social [...] (Maier, 2009: 409).

Pareciera existir, aún entre quienes sostienen posiciones divergentes, algunos puntos de acuerdo: el sistema penal no alcanza a conformar los deseos de justicia ni su rol asignado en la Constitución Nacional. Es decir, no parece dar una respuesta a las víctimas, los presuntos victimarios son sometidos desproporcionadamente a restricciones de sus derechos y la sociedad en general descrea de su eficacia. Siguiendo con las reflexiones del Dr. Maier puede concluirse que

Ignorar esta realidad no parece ser el mejor camino, así como tampoco lo ha sido la cárcel, para aquellos panegiristas del orden y la seguridad común, institución que sólo ha concluido a generar más violencia y fabricar más delincuencia, y una mejor organización para ella (Maier, 2009: 411).

Ahora bien, corrientes más modernas de pensamiento intentan reflexionar sobre la necesidad de visualizar al menos ciertos delitos como un conflicto a resolver y no sólo como una ofensa al Estado o a la sociedad en su conjunto. Desde esta perspectiva, lo que se encuentra en juego es la afectación de un bien jurídico de un particular. Por tanto, no puede cercenarse la participación de la víctima en los procesos o, en otros términos, no puede “expropiársele” el conflicto en tanto ello afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esto trae como consecuencia una mayor amplitud a la participación activa de la persona afectada por el ilícito en la administración de ese conflicto. Este cambio de paradigma implica, claro está, no sólo una mayor capacidad procesal, sino también otorgarle la posibilidad de decidir si se inicia la acción penal, si la interrumpe, o, incluso, cuál será la consecuencia jurídica devenida del daño sufrido y por ello el alcance de la reparación.

Es decir, que frente a ciertos casos deben arbitrarse una serie de mecanismos para la resolución del conflicto, donde el sistema de justicia penal tradicional y las penas del Código Penal deberían ser la última ratio. Dicho de otra manera: para que el sistema de justicia penal tradicional y la aplicación de las penas previstas en el Código Penal sean la última ratio, es necesario que el Estado provea otros mecanismos de solución de controversias. En el mismo sentido se ha expresado que:

...en un Estado constitucional y democrático debe ser posible el reemplazo de la aplicación de la norma penal coactiva –cuando se encuentren dadas las condiciones para ello– por otras soluciones que sin apelar a la coacción logren una mayor cuota de integración social y, consecuentemente, garanticen determinados ámbitos de

libertad. Ello no es ni más ni menos que bregar por un verdadero derecho penal última ratio y por la participación ciudadana al interior del sistema de justicia (Fava, 2018: 10).

Cabe recordar que lo que se propone como métodos “alternativos” de solución de conflictos en el ámbito penal, no es una “privatización” del derecho penal. Ello implicaría volver al “Estado de naturaleza” tan temido en los inicios de la modernidad por fomentar la venganza privada o bien la imposición de los más fuertes sobre los más débiles. De lo que aquí se trata es de que el Estado, como garante de los derechos fundamentales, organice y administre la gestión y respuestas al conflicto de un modo democrático y respetuoso de los derechos de los involucrados. Es decir, conforme indica la Constitución Nacional, el Estado posee la obligación de brindar una protección efectiva de los derechos de las personas, y “proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado...” (Cafferata Nores, 2007: 51) Conforme se señaló:

...debe encontrar reglamentación legal adecuada para suplantar el paradigma de un sistema penal obsoleto donde ‘todo se debe investigar y castigar’ por un modelo basado en la oportunidad reglada, en el cual la decisión deberá ser satisfactoriamente motivada y estar a cargo del Ministerio Público Fiscal, pero bajo el control de legalidad de los organismos jurisdiccionales del Estado(...)La legalidad pues debe ser el principio general, pero tendrá que aceptar también alternativas de oportunidad (Chiara Díaz, 2003: 1).

En definitiva, frente a un sistema de justicia retributiva cuyas críticas y consecuencias se han esbozado, surge como propuesta una perspectiva de abordaje de los conflictos desde un enfoque restaurativo. Ello implica:

El entender el delito como un conflicto y no como una mera infracción a la norma; el entender a la víctima como como un real protagonista en el proceso y dejar de ver al Estado como el dueño único del conflicto; el entender al Poder Judicial como parte esencial del Estado y sus actos como un verdadero servicio en la búsqueda de la paz social [...] (Alliaud, 2009: 10).

Ahora bien, en el capítulo 3 se intentó fundamentar por que la justicia juvenil debe tener una perspectiva restaurativa a fin de cumplir con los estándares de derechos humanos. La base legal para esa afirmación está en el art. 40.1 de la CDN, que debe leerse conjuntamente con el art. 40.3 del mismo tratado.

Cabe recordar que el art. 40.1 establece la finalidad del sistema de justicia juvenil: fomentar el sentido de la dignidad y el valor del adolescente; fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros; promover la reintegración del joven y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Para estos ambiciosos fines, debe construirse una justicia especializada, con leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos (art. 40.3).

Además, la organización del sistema de justicia destinado a abordar las respuestas jurídicas para los adolescentes que cometen delitos, deberá hacer el máximo esfuerzo por evitar recurrir a procedimientos judiciales (art. 40.3b.) y disponer de diversas medidas

que eviten la privación de la libertad (art. 40.4; 37.b; Regla 18 de las Reglas de Beijing y Reglas de Tokio).

Finalmente, es preciso reafirmar que todas estas normas deben ser leídas a la luz de las diversas interpretaciones que los organismos de protección de derechos humanos han efectuado del corpus iuris en materia de derechos humanos y niñez, a lo que ya se hizo referencia en el Capítulo anterior.

Por todo ello, cuando un Estado organiza un sistema de justicia penal juvenil, debe hacerlo desde la perspectiva restaurativa. Por un lado, porque le caben las críticas esbozadas sobre la organización del sistema de justicia tradicional y las consecuencias negativas de la privación de libertad, pero además porque se trata de una manda jurídica conforme ya se expresó. Cabe continuar entonces esbozando el concepto y los elementos de la justicia juvenil restaurativa.

4.2. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

4.2.1. Cuestiones conceptuales

Se ha sostenido en el presente trabajo que la perspectiva que debe atravesar a la justicia juvenil es la lógica de la “justicia restaurativa”. Diversos autores han conceptualizado que se entiende por justicia restaurativa, tarea que ha sido objeto de distintas posiciones. Como se verá, para algunos, se trata de un enfoque, filosofía o perspectiva, mientras que para otros se define mejor como “un proceso”, “conjunto de prácticas”, entre otros.

Howard Zehr (2017:16), en “El pequeño libro de la justicia restaurativa”, entiende que la justicia restaurativa es un enfoque, que difiere sustancialmente del que posee la justicia tradicional o retributiva, a la que ya se hizo referencia. En tal sentido expresa que:

...el término ‘justicia restaurativa’ abarca una diversidad de programas y prácticas, en esencia consiste en una serie de principios, una filosofía, un conjunto alternativo de “preguntas guía”. En último término, la justicia restaurativa proporciona un esquema de pensamiento alternativo para abordar el delito (Zehr, 2017: 5).

También fue este autor quien al momento de elaborar un concepto expresó que

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 (Zehr, 2017: 43).

La Organización de las Naciones Unidas aprobó uno de los documentos de mayor relevancia en el tema. Allí se estableció que se entiende por justicia restaurativa

...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 sentencias⁴⁶ (lo resaltado no se encuentra en el original).

La Dra. Kemelmajer de Carlucci (2004) indica que

[...] se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo (lo resaltado no se encuentra en el original). (Kemelmajer de Carlucci, 2004: 109).

No pretende este trabajo resolver el debate en torno al concepto de justicia restaurativa, pero como ya se ha expresado, a los fines de organizar un sistema de justicia penal para adolescentes la perspectiva, enfoque o filosofía que surge del plexo normativo internacional es el de la justicia restaurativa. Se entiende aquí, que la idea de “proceso” acotaría el alcance que puede darse, resultaría reduccionista y no permitiría construir un sistema acorde a los estándares de derechos humanos requeridos.

La Dra. Kemelmajer, en igual sentido que Zerh indica que el delito

No es sólo un problema de la delincuencia; se trata de una filosofía integral; es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad (lo resaltado no se encuentra en el original). (Kemelmajer de Carlucci, 2004: 109-110).

Agrega además que

La justicia restaurativa no niega que el delito afecta a la sociedad, pero esa dimensión no debe ser el único punto de partida para resolver qué debe hacerse. El delito, más que una violación a una regla de conducta, es una violación o ataque de una persona a otra persona. No interesa tanto el derecho abstractamente violado sino el hecho concreto de que una persona fue lesionada por acciones ilícitas de otra, y es ese daño el que debe ser reparado (Kemelmajer de Carlucci, 2004: 114).

Cabe reiterar entonces que esta forma de afrontar y resolver esta conflictividad posee características propias. Se trata del modo como se concibe el delito, que no se limita a una ofensa contra el Estado, sino como un “conflicto social a ser reparado”. Se ha expresado que:

...el conflicto es una experiencia de carácter esperable en las interacciones entre los sujetos y con-natural a la vida social. [...] Desde que existe otro como sujeto existirán diferencias acerca de cómo entender, percibir y valorar los distintos aspectos de la realidad que se ponen en juego en una interacción particular entre dos sujetos o grupos (Greco, 2006: 1).

Resulta pertinente entonces introducirse en el campo de la gestión de los conflictos a través de procesos colaborativos, diferenciándose de los modelos de gestión de conflictos basados en la utilización de la fuerza o el poder para obligar a otro a hacer o

⁴⁶ Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Retributiva en Materia Penal, Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social. E/2000/INF/2/Add.2, p. 35.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

no hacer(Greco, 2006:2). Allí se contará con numerosas herramientas que permitirán a los protagonistas del conflicto atravesar un proceso para arribar, o no, a una solución posible. Entre ellas pueden mencionarse la negociación, la mediación, la facilitación, el arbitraje, los círculos restaurativos, familiares, etc. (Greco, 2006).

Resulta preciso recordar que Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), establecen que:

43. Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia⁴⁷ (lo resaltado no se encuentra en el original).

Conforme los estándares de derechos humanos ya señalados recurrir a métodos participativos de solución de controversias debe ser necesariamente la primera opción y no una mera “vía alternativa” que puede desecharse en caso de no estimarla pertinente. En tal sentido, los procesos colaborativos de gestión de conflictos basados en intereses deben ser complementarios del sistema de justicia retributiva y éste último poseer carácter subsidiario en el caso de los adolescentes.

Puede encontrarse también en la obra de Zehr (2017:9-15), algunos alcances y límites del enfoque restaurativo. Así, por una parte, dicho autor indicó que la justicia restaurativa no se reduce a un programa de perdón y reconciliación. Tampoco se trata solamente de mediación penal, aunque ésta puede constituirse en una herramienta por demás prioritaria. No puede circunscribirse su finalidad a reducir los índices de reincidencia, sin perjuicio de ser un efecto propio del proceso restaurativo. Finalmente, no se trata de mecanismos a aplicarse sólo a los delitos menores y no puede descartarse por completo en algunos supuestos de gravedad la utilización de los mecanismos de justicia retributiva. Por lo tanto, cabe desarrollar a continuación las características, elementos y herramientas de la justicia restaurativa, ya que se sostuvo que este enfoque o perspectiva debe atravesar todo el diseño institucional del sistema de justicia para personas menores de edad a fin de cumplir con los objetivos propuestos en el art. 40.1 de la CDN.

4.2.2. Algunas precisiones terminológicas

- Los/las adolescentes

Una de las partes protagonista del proceso de justicia juvenil restaurativa serán los/las adolescentes. El art. 40.1 de la CDN se refiere a aquella persona menor de 18 años

⁴⁷ 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar del 4 al 6 de marzo de 2008.

respecto de la que “se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes”.

Un punto de discusión frecuente resulta el modo de denominar a dichos sujetos y parte en el conflicto. En ocasiones se habla de “adolescente infractor”, sin embargo, aquí se infiere que ya se ha resuelto su responsabilidad penal y le otorga categoría de constitutiva de “delincuente”. Los/las adolescentes son muchas otras cosas: estudiantes, hijos/as, amigos/as, compañeros/as, padres/madres, novios/as, etc.

También se han utilizado las fórmulas “infractor o presunto infractor a la ley penal”, “adolescente en conflicto con la ley penal”, entre otras. El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en su proyecto de Comentario General N°24 utilizaba la expresión “niños en conflicto con la ley penal”.⁴⁸

A mi entender, la fórmula utilizada en la CDN es la más precisa. Sin perjuicio de ello, lo que se debe dejar claramente establecido es que se trata de un/a adolescente que no ha alcanzado los 18 años de edad, pero que sí tendría el Estado la posibilidad de declararlo responsable, es decir, será punible.

Varias experiencias también trabajan con personas por debajo de la edad penal (16 años al momento de la elaboración del presente trabajo). Esta incorporación de niños/as y adolescentes por debajo de esa edad es susceptible de cuestionamientos desde el punto de vista Constitucional. Ello en tanto, la CDN indica que se debe fijar una edad mínima por el cual se presume que no tendrán capacidad de infringir la ley penal (art. 40.3.a). Las últimas recomendaciones para Argentina efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, indican al Estado que debe adoptar una nueva normativa en materia de justicia penal juvenil que no reduzca la edad de responsabilidad penal.⁴⁹ Asimismo, en el Comentario General N°24 se ha hecho especial énfasis en la necesidad de no incluir en el sistema de justicia a niños en edades muy tempranas y que para aquellos niños/as por debajo de la edad mínima deberán aplicarse medidas de protección de carácter civil o administrativo.⁵⁰

En conclusión, aquí se utilizará el término “adolescentes”, haciendo alusión a las personas de 16 y 17 años de las que se alegue o impute que han cometido una infracción a la ley penal.

- **El/la damnificado/a**

Se han relevado textos e inclusive ha surgido en diversas entrevistas realizadas para este trabajo, la utilización del término “víctima” para denominar a quien se ha visto afectado en sus derechos por el acto definido como delito cometido por el/la adolescente. Dicho

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño, Proyecto de Observación General No 24, Los Derechos del Niño en la Justicia Juvenil, CRC/C/GC/24, párrafo 6, primer párrafo.

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño; Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina CCR/C/AR/G/CO/5-6, párrafos 43 a 46.

⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 24, cit., párrafo 23.

término posee una connotación negativa y una carga simbólica que le brinda al sujeto un carácter constitutivo y del cual no resulta sencillo salir. Se utilizará aquí, por tanto, el término persona damnificada por considerar que refleja de mejor forma el rol que le cabe en los procesos restaurativos. Ello no le niega el carácter de víctima en lo referido a los derechos que le han sido reconocidos en el proceso o en la legislación reciente.⁵¹

- **La comunidad**

También puede verse involucrada una comunidad en un conflicto protagonizado por un adolescente. Es decir, otros actores que exceden el concepto de “parte” podrían tener interés en participar de algún modo por sentir que se encuentran afectados sus intereses. En el mismo sentido, diversos actores comunitarios podrán tener participación en un mecanismo de solución de controversias por resultar referentes del/la adolescente –o de la persona damnificada- y aportar a la solución del conflicto.

4.2.3. Elementos de la justicia restaurativa

- **Proceso/procedimiento**

Como se señaló, se entiende que la justicia restaurativa no debe reducirse a un proceso. Sin embargo, en la resolución de los conflictos se atravesará un recorrido de gestión de la respuesta a esa disputa. Es decir que los mecanismos que se implementen deberán constituirse como una instancia a transcurrir de la que devendrá un posible acuerdo que repare el daño y resulte un proyecto para el joven. Cuando se habla aquí de “proceso” no se hace referencia al proceso judicial penal, sino a un camino dirigido hacia un fin, que será, entre otros aspectos, la recomposición de ese lazo social que se ha visto afectado.

Así Silvana Greco ha expresado que estos procesos colaborativos de gestión de conflictos no se deberían denominar “alternativos” al litigio, sino que se deberían ofrecer de manera complementaria al proceso judicial. A la vez, comprenden métodos diversos como la negociación, la facilitación, la mediación, el arbitraje, entre otros, que se perfilan como un “campo de prácticas con especificidad” (Greco, 2006: 2). En el mismo sentido dicha autora ha indicado que:

...no hay un método eficaz para todos los conflictos, sino que, según el momento del proceso conflictivo, la disponibilidad y perfil de los actores y otras variables a considerar, existen procedimientos más adecuados para tratarlo con eficacia (Greco, 2006: 2).

Ello implica que podrán utilizarse distintas herramientas y que éstas pueden implementarse en distintos momentos del proceso penal, incluso, luego de establecida la responsabilidad en el marco de una sentencia judicial condenatoria.

- **Participación**

⁵¹ Conf. el CPPN y la ley No 27.972 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos.

Uno de los puntos en que la justicia restaurativa más se diferencia de la justicia tradicional o retributiva radica en la participación activa de las partes involucradas en el conflicto.

El dispositivo penal no busca la participación en el sentido de espacio social donde sujetos también sociales, puedan hablar, ser escuchados, desplieguen su propia voz, sin substitución por otros, ni imposición de ideas. Más bien configura un escenario, enmarcado en un discurso jurídico dominante, donde los operadores buscan confirmar o des-confirmar datos, a fin de determinar la verificación de una única versión (Greco, 2017:13).

Como ya se expresó, en un sistema tradicional, se estima que se cometió una ofensa contra el Estado, contra la legalidad. Por tanto, el rol asignado a las personas víctimas en el conflicto es de meros instrumentos de prueba y es el Estado quien asume la persecución penal y determina la pena aplicable al infractor.

En el marco de una justicia restaurativa, la voz y los intereses de ambas partes cobran una especial significación. Por una parte, a través de la creación de espacios de escucha para los/las adolescentes, que permitirá plantear sus conflictos y aquellos factores que lo llevaron a cometer una acción que se estima causó un daño a otro sujeto. Por otra, para el/la persona damnificada, que podrá no solo participar como testigo, sino también expresar el daño que le fue causado, sus propias necesidades y hacer propuestas respecto de la reparación.

Entonces el programa o mecanismo debiera tener un diseño tal que la escucha y la participación de diversos actores tenga por fin restablecer los lazos sociales que se vieron afectados sin producirse abusos o situaciones de afectación de los derechos del/de la adolescente de que se trate. Así se ha expresado que:

Diferente será la negociación a realizar si para decidir el conflicto a negociar se escucha qué es lo que a las partes del interesa resolver, más allá de lo que delimita la acción penal. En este caso el recorte trascenderá lo discutible en juicio y deberá explorarse lo que víctima e imputado manifiesten querer y necesitar a futuro (Greco,2017: 6).

Asimismo, otros actores podrán ser relevantes en el caso, por ejemplo, algunos referentes comunitarios. Imaginemos si el hecho produjera daños o tuviera algún impacto en una institución barrial, como una escuela, un club deportivo, una iglesia, etc. Las posibles consecuencias de una acción disvaliosa pueden tener otras implicancias y diversos sujetos que no revisten la calidad de “parte” podrían tener un interés en ser escuchados y solicitar diversos niveles de participación en la resolución de la disputa.

- **Voluntariedad**

Una característica fundamental de la justicia restaurativa es la voluntariedad de las partes y los integrantes de la comunidad que participen. En este sentido, si no existe consentimiento libre e informado en el ingreso a los procedimientos no será posible su implementación.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Requiere de la voluntad del adolescente que tendrá que aceptar su incorporación a estos mecanismos ya que “el requisito para la validez de las negociaciones en el sistema penal es el consentimiento del inculpado; siendo su basamento la autonomía de la voluntad, como poder o facultad para auto reglamentar los propios intereses, a efectos de satisfacerlos respetando el ordenamiento jurídico vigente” (Greco, 2017: 12). Es importante para recabar el consentimiento del joven poder transmitir en un lenguaje claro y accesible los alcances del procedimiento en el que va a participar.

Sería conveniente también que el/la adolescente sea acompañado/a por uno o más adultos referentes, que preferentemente debieran ser sus padres, pero no excluye a otras personas significativas en su vida. Ello no implica requerir el consentimiento de los padres porque tal exigencia implicaría la afectación del principio de autonomía progresiva que surge del art. 12 de la CDN, 27 de la ley No26.061 y 26 y 680 del Código Civil y Comercial de la Nación. La participación de un adulto referente tampoco podría ser una causal que excluyera de la posibilidad de incluir en mecanismos restaurativos a muchos adolescentes y jóvenes que no tienen vínculos con sus progenitores. Debiera tenerse una mirada amplia al respecto, ya que otros familiares o referentes barriales podrían acompañar al adolescente en el atravesamiento del proceso.

En relación a la persona damnificada, a fin de que acceda a participar del proceso, debe explicarse acabadamente los fines y alcances del mecanismo restaurativo. Ello permitirá no generar falsas expectativas y, asimismo, planificar de antemano su participación.

Ahora bien, es preciso recordar que nos encontramos en el marco de un proceso de justicia juvenil y, por lo tanto, no se trata de una mera negociación entre pares, sino de un mecanismo cuya finalidad será esencialmente socio-educativa. El centro y objetivo del procedimiento será que el adolescente pueda responsabilizarse por sus acciones, reparar el daño causado, fomentar el sentido de la dignidad y el valor del adolescente; fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del joven y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Por lo tanto, a pesar de los debates jurisprudenciales existentes (Masaro y Montenegro, 2016) y de sostener la importancia de brindar a los damnificados una participación activa en la resolución del conflicto, no puede perderse de vista los fines del proceso penal juvenil. Es decir que, en ciertos casos podría priorizarse alcanzar tales objetivos por sobre el consentimiento de la persona damnificada, que podría no estar interesada en participar en un proceso restaurativo, nos ser hallada o incluso oponerse a que este se realice.

En cuanto al patrocinio jurídico, debiera planificarse rigurosamente el alcance de la participación. En muchos casos la persona damnificada seguramente invocará la necesidad de que su abogado/a se encuentre presente. Por otra parte, el/la adolescente podrá requerir la presencia de su defensa a los efectos de garantizar que no se afecten sus garantías constitucionales.

En un sistema especializado, sería conveniente que los/las defensores/as de los jóvenes se encuentren capacitados adecuadamente a fin de no obstaculizar un proceso restaurativo. Así su función sería acompañar el proceso ante eventuales dudas o brindar asesoramiento de modo tal de velar por el respeto por las garantías del joven. Como persona de confianza pueden cumplir un rol significativo. Sin embargo, si los abogados que participan no poseen conocimiento en materia de justicia juvenil restaurativa, probablemente se apeguen a sus prácticas de litigación y sean de obstáculo para los diálogos restaurativos.

- **Confidencialidad**

Una característica saliente de los procesos restaurativos radica en la confidencialidad de lo que allí se ventila. Es decir, que aquellos aspectos referidos a la vida de los/las adolescentes involucrados/as deben mantenerse en reserva, especialmente para que no se utilice información expuesta en el marco de un proceso restaurativo en un eventual proceso judicial. En el mismo sentido, los detalles del hecho y el reconocimiento del daño causado por parte del joven en este marco, no podrían ser invocados como una prueba de su culpabilidad. También deberá preservarse la confidencialidad respecto de cuestiones referidas a la persona damnificada.

Se sostuvo en el presente trabajo que la perspectiva restaurativa debe implementarse a lo largo de todo el proceso judicial, por tanto, a medida que se avance en las etapas del proceso, las instancias de confidencialidad tendrán diferentes características. Para ello, en caso de iniciarse un mecanismo restaurativo, sería conveniente que los actores judiciales intervinientes en la causa judicial no se encuentren involucrados, derivando la tarea de conciliación/mediación o la herramienta que se utilice, a un espacio neutral, con profesionales encargados de llevar exclusivamente estas tareas.

- **Responsabilización**

En lo que refiere a este punto, cabe recordar que, en materia de adolescencia y derecho penal, se ha atravesado un largo camino. El sistema tutelar de patronato, que respondía al positivismo criminológico (Pavarini, 1980: 49), consideraba tanto a los adolescentes necesitados de protección y asistencia, como a aquellos que cometían delitos, como objetos de cuidado. Ambos supuestos eran leídos como síntomas de desamparo o “abandono material y moral”. Como respuesta a ello, el sistema de justicia para menores de edad se organizó aplicando medidas en el marco del derecho penal en clara violación a los derechos y garantías de los adolescentes.

A partir de las reformas normativas que tuvieron inicio en la década de los años noventa luego de entrada en vigor la CDN, se intentó dejar atrás esta concepción, pasando al paradigma de la protección integral de derechos. Sin embargo, en materia penal juvenil, se construyeron sistemas penales que en poco o nada se diferencian de los sistemas de adultos, a excepción de ciertos límites en los montos de penas y algunas sanciones no privativas de la libertad.

Ahora bien, la CDN exige la construcción de un modelo responsabilizador, pero a la vez socioeducativo. Rita Segato ha definido “la responsabilidad por la acción, en el sentido de

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

capacidad de responder por, dar respuestas sobre, rendir cuentas de” (Segato, 2003: 6). Es decir, se debe trabajar activamente en la responsabilidad de los adolescentes, porque uno de sus objetivos es fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, como indica el ya reiteradamente mencionado art. 40.1 de la Convención. En tal sentido se ha expresado:

Desde la Psicología Evolutiva se concibe al adolescente infractor como una persona en desarrollo que no ha tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto no significa que no sea capaz de discernir y que, por tanto, resulte irresponsable sino que por las razones anteriormente expuestas, la reacción social frente a sus actos delictivos no debe ser meramente sancionatoria. Se deberá procurar su integración social y apelar a la responsabilidad subjetiva del joven, buscando la implicación en el hecho y a partir de allí fomentar la reparación del daño (Gudiño, Aguilar y Fernández, 2015: 22).

Que el joven llegue a responsabilizarse y pueda arribarse a alguna instancia de reparación será un camino a transitar en el marco de procesos colaborativos, que permitan al adolescente comprender que sus acciones causaron un daño a otras personas. En este sentido agrega Segato que “[u]n sujeto responsable es aquél que se hace cargo de sus acciones pasadas, asume su capacidad transformadora y acepta las consecuencias de la historicidad de su existencia, inevitablemente hilvanada por la fluencia continua del tiempo...” (Segato, 2003: 6).

Poder asumir que una conducta causa un efecto, dimensionar el impacto que tuvo en otros y asumir esa responsabilidad es un proceso socio-educativo en sí mismo. En definitiva, ser considerado sujeto de derecho implica ser centro de imputación de derechos y obligaciones, por tanto, el proceso de responsabilización es parte del reconocimiento de la subjetividad jurídica, en clara contraposición con el sistema tutelar. El proceso para llegar a esa responsabilización y las consecuencias que de ella se derivan será lo que diferencie el modelo retributivo y restaurativo.

Esto constituye claramente un desafío, en particular, si se trata de un/una adolescente que ha sido vulnerado en sus derechos económico-sociales. Por ello, debe necesariamente articularse los sistemas de protección a fin de ser reparado también en dichas violaciones. Se ha expresado en referencia a ello que:

Desde esta perspectiva integral, así como se ubica la responsabilidad subjetiva del joven en relación al hecho cometido, también se debe poner la mirada sobre la responsabilidad que le cabe al resto de la comunidad (Familia, Escuela, Club, Asociaciones Civiles, etc.) para facilitar la reinserción social y acompañar el proceso. En igual sentido, es ineludible la responsabilidad del Estado como garante de los derechos fundamentales y la restitución de los que hubiere vulnerado, garantizando en su totalidad los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del joven (Gudiño, Aguilar y Fernández, 2015: 22).

- **Reparación**

Como se indicó, las consecuencias de la responsabilización varían en el modelo retributivo y restaurativo. En el derecho penal tradicional se apunta a la aplicación de una

pena que, aunque no se asuma abiertamente, se trata de un castigo. Un tribunal impone una sanción que implica una determinada cantidad de tiempo a cumplir en privación de la libertad.

En la justicia restaurativa, la consecuencia de la acción que causó el daño tendrá como objeto “reparar” al damnificado. El/la adolescente podrá restaurar, recuperar, material o simbólicamente el daño que causó. Pero la acción reparadora será producto de un proceso en el que las partes participarán activamente en decidir la respuesta más adecuada en ese caso. No será una imposición de otros actores con poder coercitivo.

Es necesario establecer, sin embargo, ciertas salvaguardas en el caso de la justicia juvenil. En primer lugar, la edad del/la adolescente de que se trate resulta un factor a considerar para ver qué adulto responsable puede acompañarlo en el proceso de diálogo con el damnificado. En segundo término, el adolescente cuenta con el derecho de consultar con un defensor de confianza, el Estado debe proveerle un defensor especializado, que eventualmente asuma su defensa técnica en el proceso penal si es necesario. Finalmente, resulta preciso que el juez de la causa efectúe un control de legalidad sobre el acuerdo, al solo efecto de garantizar que no se afecten derechos y garantías constitucionales y proceder al archivo posterior de las actuaciones.

Los términos del acuerdo al que se arribe, donde se establezca la reparación, pueden tener múltiples aristas: ser simbólicos o materiales. Por ejemplo, un pedido de disculpas o la reparación o restitución de un objeto sustraído o dañado. Quizá el damnificado sienta que puede contribuir a la formación del joven y se sienta satisfecho con una medida comunitaria, o con la inserción del joven en un programa de capacitación o la realización de tratamiento de diversas problemáticas.

En principio, un programa o mecanismo de justicia restaurativa debiera contemplar los intereses de la persona damnificada y contar con una amplia variedad de posibles soluciones. Además, resulta indispensable contar con una red comunitaria que contenga a los jóvenes, trabaje activamente para restituir sus derechos vulnerados y acompañe el proceso de responsabilización.

También debiera contemplarse aquellos casos donde la víctima no resulta identificable, o incluso si se opone a participar en el proceso de justicia restaurativa. En este supuesto ¿podría tal vez trabajarse con la Fiscalía? Existen incluso servicios de mediación con víctimas subrogadas. Por ejemplo, si se produjera un daño en una institución comunitaria. Entiendo que es posible trabajar en ambos supuestos desde la perspectiva restaurativa, teniendo presente el marco normativo internacional y los fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos, ya desarrollados.

- **Momentos para su aplicación**

Este punto es trascendental, ya que usualmente se piensa en los programas de justicia restaurativa como aquellos que se utilizan en los primeros momentos del proceso judicial, como salidas anticipadas o alternativas al juicio. Sin embargo, en materia de justicia penal juvenil resulta propicio contar con distintas herramientas o mecanismos a implementarse en distintas etapas procesales.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Es decir, cuando en una primera etapa no puede derivarse el caso a una instancia de solución de controversias, no debiera descartarse la lógica restaurativa. Lo que se propone es que dicha lógica o enfoque atraviese a todo el sistema. En tal sentido, conforme se ha sostenido reiteradamente, los objetivos de la justicia penal juvenil previstos en el art. 40.1 de la CDN exigen que se promueva el respeto a los derechos humanos y libertades de terceros. Por tanto, se debe escuchar a las personas damnificadas en el proceso, sus necesidades y pensar adecuadas respuestas para ellas.

Es así que podría considerarse la posibilidad de arribar a acuerdos restaurativos aún en etapas avanzadas del proceso penal, aún luego de determinada la responsabilidad penal del adolescente. En este sentido, cabe recordar que como la privación de libertad debe ser una medida de último recurso, debe preverse la aplicación de otras sanciones, en la que debiera ser prioritaria las instancias de reparación o restauración (art. 40.4 de la CDN y 18 R. Beijing y R. 8.2 Reglas de Tokio). Por tanto, con una declaración de responsabilidad penal, debería buscarse que la sanción impuesta tenga como finalidad reparar el daño, recomponer los lazos sociales quebrados por el delito y constituirse con una finalidad socio-educativa respecto del/la adolescente.

Incluso, aún luego de determinada una sanción en sede judicial, una nueva ley penal juvenil debiera permitir la revisión de dicha sanción. En esta instancia también podrían aplicarse medidas con las características esbozadas en el párrafo anterior.

- **Mecanismos o herramientas restaurativas**

Se señaló que a los efectos del presente trabajo la justicia restaurativa es un enfoque, una forma de entender el delito cometido por los adolescentes. A los fines de poder estructurar respuestas adecuadas, existen mecanismo o herramientas que viabilizan la implementación de la justicia restaurativa. Es decir, existen diferentes procedimientos, que han recibido diferentes denominaciones: métodos alternativos de solución de conflictos, procesos colaborativos, métodos participativos, entre otros.

Como se señaló previamente se trata de un campo de prácticas con especificidad y no existe un solo método eficaz para todos los conflictos. Dependerá de los actores, del contexto, del tipo de conflicto de que se trate, para determinar cuál es la herramienta más adecuada (Greco, 2006: 2). Cabe reiterar, como ya se expresó en el presente capítulo que “La palabra alternativa para mencionar este campo de prácticas que aspira a adquirir identidad propia, ha sido casi abandonada por estar referida al juicio como hegemónico.” (Greco, 2006: 7).

A continuación, se describirán algunas de las más usuales.

Remisión

El instituto de la remisión proviene del inglés *diversion*. Se trata de una figura por medio de la cual el juez renunciará a la persecución penal y procederá a la derivación del joven para su incorporación a políticas públicas en ámbitos comunitarios.

En la Regla 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) se prevé este instituto⁵² y agrega en el comentario pertinente que:

La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo [...] La regla 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 [...]. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la remisión, aun cuando se hayan cometido delitos más graves (por ejemplo, el primer delito, el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor, etc.).

Conforme un reciente estudio realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) la remisión, así identificada, se utilizaría en al menos 7 provincias: Tucumán, Neuquén, Entre Ríos, Ciudad de Buenos Aires (justicia de la Ciudad), Provincia de Buenos Aires, Chaco y Córdoba (UNICEF, 2018: 27).

El Proyecto de ley Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil enviado por el Poder Ejecutivo Nacional el 1 de marzo de 2019 al Congreso de la Nación prevé en el artículo 20 el instituto de la remisión y lo describe del siguiente modo:

La remisión consiste en declarar extinguida la acción penal y disponer la incorporación del adolescente a programas comunitarios. Se entiende por programa comunitario a todo plan de promoción de los derechos de los adolescentes brindados en forma articulada por organismos gubernamentales descentralizados y organizaciones sociales, en los términos de la Ley No 26.061.

⁵² Regla 11. "Remisión de casos. 11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente. 11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. 11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas".

Mediación

Este instituto, sería utilizado en 14 provincias conforme el ya mencionado estudio de UNICEF (UNICEF, 2018: 28). La mediación penal requiere de un facilitador que pueda acercar posiciones y lograr un diálogo entre los actores involucrados. El tercero no podrá ser un operador judicial y deberá necesariamente lograrse un espacio neutral y de confidencialidad que permita a las partes libremente llegar a acuerdos sobre cómo resolver el conflicto planteado. En este sentido se indicó que

La mediación a diferencia de la conciliación busca crear condiciones de participación para el damnificado y el imputado, quienes actúan personalmente, hablando con su propia voz. El objetivo es que reflexionen sobre la situación que derivó en la acción penal, así como sobre sus efectos y necesidades. Pensando opciones propias, singulares, que les permita avanzar en una toma de decisiones consensuada. La mediación es por ley un procedimiento confidencial, de modo que lo que diga la víctima o el imputado no los ubicará negativamente en el proceso penal. El mediador está eximido de declarar como testigo, amparando las leyes su secreto profesional. La meta de la mediación es la autocomposición, el rol del tercero mediador es facilitar condiciones para el diálogo entre los actores del conflicto, perturbando la interacción conflictiva actual, a fin de crear aperturas comunicacionales para que las personas activen su capacidad para pensar lo que necesitan, más que lo que no quieren o no están de acuerdo (Greco, 2016a: 10).

Conciliación

El artículo 59 inc. 6 del Código Penal establece que la acción penal se extingue por reparación integral o conciliación. Este instituto, sería utilizado en 11 provincias conforme el ya mencionado estudio de UNICEF. En tal sentido se ha expresado que

La reparación integral consiste en el cumplimiento unilateral por parte del imputado de las prestaciones relativas a la obligación de resarcir satisfactoriamente todas las consecuencias producidas de modo indebido por el hecho ilícito que se le atribuye. La conciliación tiene la misma finalidad, pero resulta de un acuerdo entre las partes. Los dos institutos determinan, por igual, la exclusión de la punibilidad (Masaro y Montenegro, 2016: 58).

La conciliación es un acto jurisdiccional y los requisitos para su procedencia se encuentran regulados en el art. 34 del nuevo Código Procesal Penal Federal que dispone:

Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes (lo resaltado no se encuentra en el original).

Se trata de un mecanismo por medio del cual las partes establecerán la finalización del proceso. En términos generales no existe un tercero que articule el diálogo, aunque puede un operador judicial facilitar las interacciones. Serán los propios protagonistas

quienes arriben a la solución de la controversia y los términos de dicho acuerdo. Se ha señalado en tal sentido que:

La conciliación penal es una actividad informal, intuitiva y no sistematizada, asumida ocasionalmente por operadores del sistema penal, con el fin de promover acuerdos durante el proceso. Se trata de un quehacer que se anexa al rol principal de operar el dispositivo ordenado socialmente para esclarecer la verdad y hacer justicia, que representa a sólo uno de los intereses que motorizan el procedimiento penal. Investidos de autoridad, poder y competencia, el Fiscal tiene por función definitoria incoar la acción penal, el Defensor asegurar que se respete los derechos del imputado y el Juez ordenar y administrar las reglas del procedimiento. La representación interna que los individuos tengan de esos roles está siempre predeterminada parcialmente por el imaginario social instituido y condicionará la interacción que realicen cuando se encuentren conciliando. La escucha del conflicto por parte de estos terceros estará construida por lo que se espera de él en el proceso penal. El conciliador actúa evaluando la disputa, llegando a sus propias conclusiones acerca de la solución que le corresponde, en función a cierta racionalidad jurídica y saber práctico, la que es propuesta a los participantes para que la acepten o rechacen (Greco, 2016a: 9).

Otras prácticas restaurativas

En “El pequeño libro de la justicia restaurativa”, Zehr describe diversas prácticas existentes en función de quienes son los que participan en la solución del conflicto planteado.

Así, comienza describiendo las conferencias “víctima-ofensor” que se asemeja a lo que aquí hemos descrito como mediación. Luego describe las “conferencias familiares” que “amplían el círculo de participantes, incluyendo a familiares u otras personas que sean importantes para las partes directamente involucradas.” (Zehr, 2017: 57)

También se menciona allí los “círculos”. Zehr indica que “[e]n este proceso, los participantes se ubican en un círculo. Luego se van pasando un objeto conocido como “pieza para hablar” para asegurarse de que todas las personas hablen, una a la vez, siguiendo el orden del círculo.” (Zehr, 2017: 60). Asimismo, agrega que “[l]os círculos pretenden ampliar al máximo el espacio de participación, que, junto con incluir a víctimas, ofensores y familiares, a veces comprende a funcionarios del sistema judicial. Además, los otros miembros de la comunidad también constituyen una parte esencial del proceso (Zehr, 2017: 61).

Estos diferentes mecanismos también cuentan con algún tipo de facilitación o coordinación que guíe el proceso y han tenido desarrollo en países como Canadá, Nueva Zelanda, Estados Unidos y también han existido experiencias en América Latina (Maxera, 2007: 111).

El Proyecto de ley de responsabilidad penal juvenil elaborado por el Poder Ejecutivo de la Nación, remitido al Congreso de la Nación con fecha 1 de marzo de 2019, establece en su artículo 22 la posibilidad de celebrar acuerdos restaurativos. En tal sentido expresa que “la víctima, el adolescente imputado, la dependencia estatal o la comunidad

afectada, podrán proponer al juez y al fiscal instancias de diálogo grupales, con el objeto de solucionar la controversia motivo del delito denunciado y lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas”.

4.3. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

En el capítulo 3 se indicó que la justicia penal juvenil restaurativa respondía a los estándares de derechos humanos que surgen de las normas internacionales y las diversas interpretaciones que de ellas se han realizado. En el presente Capítulo se abordaron diversos problemas de la justicia retributiva, que se entiende por justicia restaurativa, los debates conceptuales y elementos salientes que la componen.

Ahora bien, todo lo hasta aquí expuesto, suele tener una vasta aceptación en términos teóricos y académicos. Sin embargo, aún no se ha logrado implementar de manera extendida un sistema de justicia juvenil con estas características. ¿Dónde se encuentran las principales resistencias? ¿Cuáles son los obstáculos para llevar adelante un enfoque que a las claras resulta más beneficioso para los adolescentes, los damnificados y las relaciones sociales? ¿Se trata de impedimentos legales, procesales, presupuestarios, falta de capacitación o conocimiento del enfoque restaurativo o simplemente de una inercia que dificulta revisar las propias prácticas de manera crítica?

Para intentar dar respuesta a estas preguntas, se entiende necesario conocer algunas experiencias concretas de trabajo y entrevistar a operadores judiciales. En definitiva, donde la justicia restaurativa ha sido llevada a la práctica, quienes trabajan o participaron de estas experiencias sostienen que este camino propuesto es virtuoso, sanador y respetuoso de derechos y garantías.

Por tanto, en el próximo capítulo, se analizarán 4 experiencias desarrolladas en diversos contextos sociales y jurídicos y se entrevistará a un Defensor, un Fiscal y una funcionaria judicial del Fuero de Menores del Poder Judicial de la Nación. La elección de estas prácticas referentes ha sido basada en la trayectoria de cada una, su pertenencia institucional, su ubicación geográfica y la población destinataria. Los operadores judiciales, por su parte, serán consultados sobre la práctica en los ámbitos judiciales en una jurisdicción que poco ha avanzado en adecuarse a los estándares internacionales. De este modo, conocer estos programas y la opinión de decisores del ámbito judicial permitirá enfrentar resistencias, cuestionamientos y temores que genera la implementación de un cambio de paradigma y avanzar hacia un modelo de justicia juvenil acorde a nuestras obligaciones como Estado.

5. PRACTICAS RESTAURATIVAS

El presente capítulo se analizan cuatro experiencias concretas de justicia penal juvenil restaurativa. Para ello se realizaron entrevistas con actores claves a fin de consultar respecto de la implementación concreta de mecanismos restaurativos, así como obstáculos y dificultades observadas por los propios operadores del sistema de justicia.

5.1. PROGRAMA DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

5.1.1. Contexto

La información volcada en el presente cuestionario fue provista por la Coordinadora del Programa, Silvana Greco⁵³ durante la entrevista mantenida con fecha 11 de febrero de 2019. Asimismo, se consultó la página web del Ministerio Público de la Defensa⁵⁴ y el artículo “Las prácticas consensuales y el aporte a la Justicia Penal Nacional del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la Defensoría General de la Nación” (Fava, 2018).

- **Datos sobre ubicación geográfica en la que opera el programa**

El Programa de Resolución Alternativa de Conflictos (en adelante el Programa) funciona en el marco de la Defensoría General de la Nación con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sin perjuicio de ello, el Programa realiza actividades investigación, capacitación, servicio de asistencia técnica en la resolución de conflictos, publicaciones, relevamientos y difusión de prácticas referentes (Fava, 2018: 26).

- **Datos sobre cantidad de población**

La Ciudad de Buenos Aires está situada en la región centro-este del país, sobre la orilla occidental del Río de la Plata. Conforme surge de los resultados del censo de 2010, se estima que posee una población de 2.890.151 habitantes y su aglomerado urbano, el Gran Buenos Aires, asciende a 12.801.364 habitantes⁵⁵

- **Datos sobre cantidad de causas iniciadas durante 2018**

Resultó sumamente complejo acceder a la información sobre la cantidad de causas iniciadas durante el año 2018 en el marco de la justicia ordinaria en lo criminal y correccional del Poder Judicial de la Nación, con competencia en la Ciudad de Buenos Aires. Para relevar tales datos se consultaron las páginas web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Poder Judicial de la Nación, del Consejo de la Magistratura, del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa. Asimismo, se remitieron correos electrónicos a diversas áreas del Poder Judicial de la Nación y a la Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Corte Suprema. Asimismo, se entabló comunicación con la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional. Ninguna de estas gestiones permitió acceder a la información buscada. Finalmente, con fecha con fecha 11 de marzo de 2019, la Secretaría de Estadísticas del Consejo de la Magistratura indicó que dicha oficina “ha elaborado una consulta, utilizando la base de datos MCENTRA (la cual actualmente es una copia -efectuada al 31 de diciembre de 2018- de las tablas maestras del Sistema de Gestión judicial LEX100, siendo esta la fuente de información más actualizada a la que tiene acceso esta oficina), el resultado de la misma, contiene la

⁵³ Abogada, profesional experta en el campo de la gestión colaborativa de conflictos, mediadora y facilitadora de diálogos

⁵⁴ <https://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones-n/61-programa-de-resolucion-alternativa-de-conflictos>

⁵⁵ <https://www.buenosaires.gob.ar/laciudad/ciudad>

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

cantidad de primeras asignaciones registradas en la primera instancia del Fuero Nacional en lo Criminal y Correccional durante el año 2018 y el desagregado de las primeras asignaciones correspondientes a la primera instancia de los Juzgados Nacionales de Menores en el mismo período. Los guarismos resultantes son los siguientes: Fuero Nacional en lo Criminal y Correccional 84.401 asignaciones, de las cuales 2.471 corresponden a los Juzgados Nacionales de Menores.”

- **Datos sobre cantidad de causas iniciadas en el fuero de menores**

Del mismo modo que fuera expresado en el punto anterior, resultó sumamente complejo acceder a datos estadísticos disponibles de acceso público. Como ya se mencionó, la Secretaría de Estadísticas del Consejo de la Magistratura informó que del total de causas iniciadas en el período 2018, 2.471 fueron remitidas al fuero de menores. Por lo tanto, las causas asignadas a la Justicia de Menores representan el 2,93 % del total.

Por otra parte, fue entrevistada para el presente trabajo María García Morabito, Coordinadora de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación. Dicha dependencia estimó en base a sus registros, que durante el año 2018 se llevaron adelante 2189 ingresos al Centro de Admisión y Derivación “Úrsula Llona de Inchausti”⁵⁶. De ese total 154 (7%) fueron mujeres; 2035 (93%) fueron varones; 1227 (56%) fueron adolescentes punibles y 761 (35%) fueron no punibles. Ingresaron 78 (3,5%) mayores de edad y en 123 ocasiones (5,5%) no se registraron los datos. Cabe señalar que, de la experiencia de trabajo de dicha Comisión, puede concluirse que los casos tramitados en el fuero de menores, rara vez poseen un inicio por otra vía que no sea la detención en flagrancia. Por lo tanto, el dato aportado por la mencionada Comisión también permite dimensionar la cantidad de causas en las que participan personas menores de 18 años de edad.

5.1.2. Sobre el Programa para la resolución Alternativa de Conflictos de la Defensoría General de la Nación

- **Pertenencia institucional**

El Programa de Resolución Alternativa de Conflictos fue creado mediante Res. DGN N°475/12 en el ámbito de la Defensoría General de la Nación con fecha 10 de mayo de 2012. En dicha oportunidad se citaba como fundamento jurídico a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad⁵⁷ y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder⁵⁸.

⁵⁶Dicho Centro tiene por función alojar a los niños, niñas y adolescentes menores de edad que son aprehendidos por la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o una fuerza de seguridad federal dentro del ámbito de la Ciudad.

⁵⁷ Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

⁵⁸ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, el 29/11/1985. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

En el año 2015 se aprobó la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa No 27.149⁵⁹ en cuyo artículo 42 inciso d) establece entre los deberes y obligaciones de los defensores “Intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda. En su caso, presentan a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación”.

Conforme se desprende del Informe de Gestión 2018⁶⁰ elaborado por la propia dependencia “El Programa de Resolución Alternativa de Conflictos –PRAC– tiene como función impulsar formas alternativas de resolución de conflictos en el ámbito de la Defensa Pública tendientes a mejorar las condiciones de acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (cfr. Regla 43 de las Reglas de Brasilia), coadyuvando asimismo al cumplimiento de la ley 27.149, art. 42, inc. d)⁶¹. Por otro lado, la Coordinadora agregó que el Programa asiste a los integrantes del MPD a través de actividades de capacitación, apoyo y asistencia técnica, o bien a través intervenciones de facilitación en conflictos judicializados civiles, penales o intraorganizacionales.

- **Espacio físico**

El Programa funciona en una oficina ubicada en el centro de la Ciudad de Buenos Aires donde cuenta con una sala de reuniones que permite mantener la confidencialidad en las intervenciones.

- **Población/ tipo de intervención según franja etaria**

El Programa aborda distintas áreas de competencia de la defensa pública, habiéndose realizado hasta el momento intervenciones en conflictos civiles, penales y penitenciarios, intraorganizacionales que involucran a personas asistidas o defendidas por las defensorías y reparticiones que integran el Ministerio Público de la Defensa⁶².

La intervención que se realiza en casos de conflictos judicializados que tramitan ante el Fuero Penal, se realizan conciliaciones facilitadas, que son caracterizadas como un proceso de comunicación y diálogo facilitado por un mediador, con la finalidad de tomar decisiones consensuadas tendientes a reparar el daño, reconciliar o restaurar la relación, según sea su propio interés, pudiendo resultar en la suscripción de un acuerdo de reparación integral. Se aclara que la decisión de participar es absolutamente voluntaria y libre, pudiendo ser interrumpida en cualquier momento sin consecuencia alguna; es confidencial y tiene carácter reservado, comprometiéndose los participantes a no divulgar lo tratado o acontecido, ni a citar al mediador a testificar en procesos judiciales o administrativos, sobre los hechos o información que allí se conocieren.

⁵⁹ Sancionada: 10/06/2015. Promulgada: 17/06/2015.

⁶⁰ Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/prac/INFORMEANUALPRAC2018.pdf>

⁶¹ Informe de Gestión 2018, p.1.

⁶² Informe de Gestión 2018, p.1.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Asimismo, con objetivo de asegurar el consentimiento informado, se explicita algo que opera como gran limitante a estas prácticas en el sistema penal actual, esto es que la validez y vigencia del posible acuerdo están supeditadas a su homologación por parte del Juez penal interviniente y las partes que lo suscriben podrán ser citadas a ratificarlo. Si no fuere homologado, el acuerdo no adquirirá vigencia alguna. La homologación del acuerdo importará la extinción de la acción penal en los términos del art. 59 del Código Penal (Ley No 27.147), concluyendo las actuaciones judiciales penales (como se consigna en los Modelos de acuerdos utilizados por el PRAC).

- **Marco jurídico y herramientas procesales**

Cabe mencionar que la ley No27.147 modificó el art. 59 del Código Penal quedando redactado del siguiente modo: “La acción penal se extinguirá [...] 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

Ya fue señalado en el Capítulo I del presente trabajo que en diciembre de 2014 se sancionó la ley N°27.063 que aprobaba un nuevo Código Procesal Penal. Dicha norma fue parcialmente suspendida hasta diciembre de 2018. A partir de la sanción de la ley N°27.482 finalmente entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal con numerosas modificaciones respecto del aprobado por la ley N°27.063. Su puesta en vigencia se hará de manera progresiva, sin embargo, dicho plexo normativo incorpora cambios que permitirán implementar mecanismos de justicia restaurativa para adolescentes, como ya ha ocurrido en otras provincias. Así, los artículos 22, 30, 31, 33, 34 y 251 30 y 31 regulan las reglas de disponibilidad de la acción y los criterios de oportunidad.

- **Mecanismos de derivación y herramientas utilizadas**

La derivación al Programa es efectuada por los Defensores Públicos Oficiales, magistrados integrantes del Ministerio Público de la Defensa.⁶³ Los defensores a cargo de la defensa y representación en juicio hacen una primera selección del caso que luego es complementada por el análisis técnico en la instancia de admisión al PRAC, cuyo procedimiento ha sido aprobado en el Anexo de la Res. 1845/16. La Coordinadora refirió que el Programa inicia sus intervenciones entrevistando al Defensor derivador, consultando qué lo llevó a seleccionar dicho caso. En dicha entrevista se explora la motivación del defensor para remitir el caso a fin de ir perfilando el propósito de la intervención, que fluctúa entre sustraer el caso del sistema penal o bien intentar diálogos transformativos, entre imputado y damnificado. También se conversa sobre la viabilidad de articular con la fiscalía y juzgado la incorporación del caso al Programa. Señaló que es de gran relevancia recabar la opinión de los demás actores judiciales ya que, si ellos luego

⁶³ Para mayor detalle ver el Procedimiento para la Resolución Alternativa de Conflictos aprobado como Anexo de la Resolución DGN No 1845/16. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones-n/454-programa-de-resolucion-alternativa-de-conflictos/resoluciones-dgn/4145-resoluciones-dgn>

no prestan el consentimiento para la homologación del acuerdo, el procedimiento se verá frustrado generando incertidumbre y frustración en las partes.

- **Etapas procesales en la que se puede derivar el caso**

Según refirió la Coordinadora y conforme surge del Informe de Gestión 2018 ya mencionado, en términos generales el Programa ha recibido casos durante la etapa de instrucción y de manera minoritaria casos en instancia de juicio. Por tratarse de una prueba piloto se utilizarán criterios amplios, para que los defensores trabajen procesalmente intentando forzar la restrictiva interpretación jurisprudencial actual. Por ejemplo, se presentó un acuerdo para su homologación en la audiencia de debate que fue transformada por el juez en audiencia de conciliación, aún en contra de la oposición fiscal. Por otro lado, se trabaja para que al momento de evaluar la experiencia piloto puedan identificarse con apoyo empírico e identificar cuáles son las instancias más favorecedoras para resolver el conflicto mediante estas prácticas.

- **Tipos de delitos que pueden ser derivados**

Del Informe Anual de Gestión 2018 se desprende que el Programa intervino en casos que se imputaban los siguientes tipos penales: “apropiación de cosa ajena por error, defraudación, hurto, intimidación pública, lesiones, privación ilegítima de la libertad agravada por el uso de violencia en concurso real con lesiones leves, resistencia a la autoridad agravada, retención indebida, robo”⁶⁴.

La Coordinadora refirió que no existiría, a priori un listado de tipos penales excluidos, sino más bien se verifica la viabilidad de que las partes en conflicto se encuentren en condiciones adecuadas de llevar adelante el proceso de resolución de la controversia. Para ello, resulta relevante, por ejemplo, que no exista una relación desigual de poder o patrones de violencia instalada, con indicadores de temor o riesgo. Y lo que es condición de viabilidad siempre, es que la persona imputada y la persona damnificada manifiesten interés en participar en una conciliación facilitada, consensuando cada vez los propósitos de su participación y el sentido de la reparación del daño –realizar un intercambio

⁶⁴ Informe Anual del Programa 2018, p.2. En el marco del Anexo I de la Resolución DGN No 892/2018 se desagregó la información y se indicó que se abordaron los siguientes casos:

1. Causa sobre tentativa de hurto por parte de un hombre vendedor ambulante de estampitas, que intentó apoderarse de unas botellas de bebidas alcohólicas de un hotel, en la esquina de donde trabaja.
2. Causa por lesiones culposas producidas en un accidente de automóvil contra un móvil policial, en la que resulta imputado el chofer del auto-remise y como damnificados, tres policías.
3. Causa por tentativa de robo de una bicicleta por parte de un joven que alcanzó a cortar la cadena y fue detenido por la policía.
4. Causa por resistencia a la autoridad agravada, de un señor cuando fue abordado por la policía por ejercer en público violencia contra su mujer.
5. Causa por estafa imputada a un joven que no habría pagado un viaje en taxi.
6. Causa sobre tentativa de robo de celular. La damnificada se había negado a intentar una reparación cuando le fue propuesta por el Defensor y el Fiscal, aceptando a partir de la intervención de facilitación.
7. Causa penal por defraudación a raíz de la venta por parte del imputado, de un plan de compra de un auto, en el que se habría quedado con el importe total pagado por la mujer contratante y damnificada.
8. Causa por lesiones culposas leves a una persona que era pasajero y amigo del conductor

Referencia Jurídica e Investigación
 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
 Ministerio Público de la Defensa

transaccional, una reconciliación o la restauración que atienda las causas de la acción delictiva—.

- Cantidad de casos trabajados en el último año

Conforme surge del Informe de Gestión 2018, el total de derivaciones recibidas desde las Defensorías en materia civil sería de 19 (diecinueve) intervenciones. En materia penal, para conciliación penal facilitada habrían recibido 23 (veintitrés) derivaciones.⁶⁵ En dicho documento se elaboran las estadísticas que a continuación se transcriben:

Cantidad de casos admitidos y no admitidos

Admisibilidad	En materia civil	En materia penal	Conflictos intra organizaciones	Total
Admitidos	8	9	2	19
No admitidos	11	14	1	26
Total de casos derivados	19	23	3	46

Resultado obtenido en los casos admitidos

Resultado	En materia civil	En materia penal	Total
Con acuerdo	3	6	9
Sin acuerdo	3	3	6
En curso	2	0	2
Total de casos admitidos	8	9	17

A su vez, en relación a los casos trabajados en materia penal:

- (dos) facilitaciones finalizaron con acuerdo: en 1 (una) se alcanzó un acuerdo reparatorio y se realizó un encuentro de diálogo restaurativo entre la parte damnificada y la parte imputada. La sentencia sobreseyó al imputado ponderando

⁶⁵ Informe Anual del Programa 2018, p.3.

que el dinero entregado por el imputado a la parte damnificada en los términos del acuerdo firmado en el PRAC, demostraba la falta de dolo y de tipicidad de la acción;

- 1 (una) logró acuerdo reparatorio, requiriendo múltiples conversaciones con ambas partes, en particular con la damnificada quien había rechazado la invitación a conciliar del defensor y el fiscal. Pudo hacer un proceso reflexivo que considerara sus deseos en aparente contradicción, tomando una decisión debidamente informada respecto de aceptar una reparación. Se homologó y declaró extinguida la acción penal;
- 1 (una) finalizó sin acuerdo a pesar de las gestiones facilitadas. La damnificada no estuvo interesada en ser reparada, ni en concurrir a juicio ni dedicar un minuto a la situación vivida que ya tenía olvidada;
- 3 (tres) no admitidas: 1 (una) por tratarse de un delito con ejercicio de violencia en la persona, que además era policía, y no se contaba con datos del imputado; (una) por no estar interesado el imputado en ofrecer reparación; 1 (una) por no sentirse perjudicado el damnificado que carecía de interés en ser reparado y en dedicar tiempo a la temática;
- 2 (dos) se encontraban en curso al momento del presente trabajo: 1(una) estaba en vías de realización de un acuerdo integral que abarcaría las consecuencias reclamables también en sede civil buscando una solución definitiva y 1 (una) se había recibido recientemente la derivación y se están realizando los contactos con las partes.⁶⁶

Allí también se indica que “[e]ntre las circunstancias que determinan la inadmisibilidad, se encuentran: a) imposibilidad de contactar a alguna o a ambas partes; b) falta de interés o aceptación de alguna de las partes de participar; y c) existencia de violencia relacional o riesgo, en algún caso con dictado de medidas cautelares por parte del juez interviniente”⁶⁷.

En la entrevista a la Coordinadora se informó que hasta la fecha del presente trabajo se realizaron dos intervenciones en materia penal juvenil, las cuales ambas fueron homologadas en sede judicial.

- **Conformación del equipo de intervención**

De la información recabada surge que el Programa está integrado por cuatro co-titulares que son Defensores públicos de jurisdicciones y fueron distintos:

- Dra. Silvana Liliana CÉSPEDES – Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal No 2

⁶⁶<https://www.mpd.gov.ar/pdf/prac/ResDGN089220183raprorrogaexpiloto.pdf>

⁶⁷ Informe Anual del Programa 2018, p.3

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

- Dr. Gustavo Ariel FERNÁNDEZ - Defensor Público Oficial ante los Juzgados en lo Criminal y Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional No 3
- Dra. Gabriela Alejandra MACEDA - Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de San Martín
- Dr. Sergio Rubén STEIZEL - Defensor Público Oficial Adjunto ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional No 13

Asimismo “[l]a coordinación del Programa se encuentra a cargo de una abogada, mediadora y facilitadora de diálogos y el equipo de profesionales mediadores lo conforman esta última y una abogada mediadora. Además, cuenta con la asistencia de dos psicólogos, uno de ellos especializado en infancia y adolescencia, que intervienen en casos de jóvenes en conflicto con la ley penal, o en las entrevistas a hijos menores” (Fava, 2018: 25). Se señaló que se encontraba próxima a su incorporación una trabajadora social.

Conforme surge del Informe de Gestión 2018, “a fin de dar cumplimiento a los lineamientos emanados del “Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos” (promulgado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación mediante la Resol. APN-MJ No 813/2018), en los casos en que resulta imputada una persona menor de edad se ha integrado al equipo de trabajo alternativamente a dos psicólogos de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 ley 26.657 y el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, quienes, junto con el mediador, valoran las posibilidades del joven para implicarse subjetivamente en el conflicto, reflexionar y concientizar los efectos de sus actos en el otro y en la comunidad”⁶⁸.

- **Articulación con el sistema de protección**

La conformación del Programa a la fecha de elaboración del presente trabajo, no había permitido avanzar en esta línea de acción. Sin embargo, la Coordinadora entendió que resultaba un elemento de vital trascendencia si se deseaba profundizar en el abordaje restaurativo, que se propone los diálogos con el propósito de atender las causas del delito, admitiendo casos que abarquen problemáticas más complejas, en materia penal juvenil. El Programa ha solicitado la incorporación de una trabajadora social a fin de llevar adelante esta tarea y también una psicóloga a tiempo completo especializada en niñez y adolescencia.

- **Modalidad de abordaje en torno a la responsabilidad de los/ las adolescentes**

El abordaje se inicia con una serie de entrevistas que conforman la pre-mediación o instancia de admisión: con el defensor y el profesional que lleva el caso en la defensoría; con el delegado tutelar que trabaja con el joven en el juzgado penal; con el joven y su referente adulto -alguno de sus padres, hermano o quien esté a cargo-. Para esta

⁶⁸ Informe Anual del Programa 2018, p.4.

entrevista se integra al profesional psicólogo especializado en infancia y adolescencia. En simultáneo se realiza una primera entrevista telefónica con la persona damnificada – víctima en la jerga del sistema penal- para reconocer su necesidad respecto del evento delictivo en el que participó, sus efectos, e interés en participar en forma directa o indirecta.

Cuando tanto el joven como la persona damnificada encuentran interés en conversar, se realiza un encuentro presencial facilitado por el mediador o diálogo directo facilitado. Si de este diálogo concluyen que pueden darle un mejor cierre al evento vivido que configura una infracción a la ley penal, mediante la realización de acciones, se plasma en un acuerdo. Esas acciones van desde aclaraciones, disculpas, producción de relatos escritos, realización de talleres relacionados con los hechos. El acuerdo es llevado por el joven a su defensor, quien lo presenta al juzgado para su homologación.

Hasta la fecha se han trabajado con encuentros de diálogo directo, 3 casos; 1 con acuerdo homologado y cumplido; 1 con acuerdo en vías de homologación y cumplimiento; 1 uno sin acuerdo por falta de concurrencia de algunas de las personas damnificadas lo que impidió contar con el consenso de la fiscalía para aplicar el instituto (59 inc. 6).

- **¿Es necesaria la participación de los padres? ¿En qué medida deben prestar consentimiento sobre el acuerdo para que éste sea válido?**

La participación de los padres o adultos a cargo del joven tiene el sentido de reconocer los recursos vinculares y de redes con los que cuenta el joven, y se los entrevista para entender su posicionamiento ante el evento delictivo; el grado de acompañamiento y de sostén que pueden brindar al adolescente. También para trabajar con ellos su rol y responsabilidad como adultos respecto de este proceso restaurativo, que tiene propósitos transformativos de las relaciones, y educativos de concientización acerca de los efectos de las acciones, como sujetos sociales. No suscriben el acuerdo, y en general salvo, excepciones, no participan en el encuentro entre el joven y la persona damnificada. Los jóvenes desde los 16 años son considerados responsables por la ley y por lo tanto de la comprensión de sus actos y pueden firmar acuerdo en relación a ellos.

- **¿Se asigna abogado/a defensor/a al adolescente durante su participación en el programa?**

La participación de los abogados es diversa dependiendo del caso. En términos generales, se busca que los abogados (particulares o defensores públicos) trabajen para brindar adecuada información sobre sus derechos y el desenlace del juicio a sus asistidos a fin de que puedan adoptar decisiones y evacuar sus dudas sobre los efectos de la mediación, conciliación o reparación integral.

En algunos casos, los abogados solicitan acompañar a sus asistidos, aunque en los momentos del encuentro entre las partes se comprende que son ellas las que adquieran centralidad para arribar a la solución del conflicto. En los casos en que se llega a definir el interés en el encuentro, los abogados y defensores comprenden que son las personas imputada y damnificada, los protagonistas del diálogo, y hasta el momento no han insistido en participar. Conforme refirió la Coordinadora del Programa durante la

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

entrevista, el protagonismo de los propios actores involucrados permite humanizar al otro, como así también visibilizar su propia responsabilidad.

- **¿Cómo se garantiza la confidencialidad para que la asunción de responsabilidad del/la adolescente no sea luego utilizada en el proceso?**

Manifestó la Coordinadora que, en aquellos casos donde se arriba a un encuentro entre las partes involucradas, existe necesariamente un trabajo previo de entrevistas individuales que permite suponer que se llegará a un acuerdo. Por tanto, la confidencialidad se encuentra garantizada en tanto el trabajo del Programa posee los recursos técnicos para evaluar los casos que serán pasibles de concretar un proceso de solución del conflicto.

- **Describa la modalidad de abordaje respecto del damnificado/a**

El Programa cuenta con una Experiencia Piloto de Resolución Alternativa de Conflictos que se ha ido ampliando y consolidando (Res. DGN No1845/16; Res. DGN No1054/17; Res. DGN No 2258/2017 y Res. DGN No 892/2018). Allí se designó a diversos defensores “derivadores” que seleccionan y remiten casos para su incorporación al programa.

Respecto de la metodología, la Coordinadora señaló que desde el Programa se toma contacto con el damnificado, y, eventualmente, con su letrado. Se presenta el Programa, su pertenencia institucional y sus funciones. Asimismo, se explica el propósito del llamado y se acuerda un primer encuentro. Luego se trabaja a través de diálogos restaurativos y técnicas de la mediación intentando que las propias partes puedan arribar a la solución del conflicto.

La función de los integrantes del Programa radica en poder trabajar desde un lugar de imparcialidad, orientando a los protagonistas para que puedan expresar sus percepciones, ideas y propuestas de acuerdo.

- **¿Se puede participar sin que exista un damnificado/a identificable o en caso de que la persona ofendida no preste su conformidad para participar?**

En teoría es posible, y se la denomina mediación indirecta en la que pueden también utilizarse otras personas que hayan sido víctimas de los mismos delitos, en la entrevista con el joven. Sin embargo, en nuestro contexto nacional, al no existir todavía aceptación de estas prácticas entre fiscales y jueces, ni una jurisprudencia uniforme que aplica el instituto regulado en el art. 59 inc.6 CP, el Programa entiende que por ahora no resulta una estrategia viable. En uno de los casos trabajados en el que dos jóvenes intentaron robar bicicletas en un garaje de un consorcio, la falta de interés en participar de los consorcistas afectados a pesar de que el administrador, sí lo hizo, implicó el rechazo del fiscal que prefirió utilizar el instituto de suspensión de juicio a prueba.

- **¿Cuál es el plazo aproximado entre que el caso ingresa al sistema penal y el marco del área de mediación?**

En relación a este punto, surge de la información recabada, que los casos trabajados en materia penal en el que se arribó a un acuerdo, no superan los 30 días de plazo entre la recepción y el cierre de las actuaciones⁶⁹.

- **¿Se cuenta con estadísticas de reincidencia?**

Por ahora los casos de adolescentes no son suficientemente representativos, ni ha pasado tiempo suficiente para dar cuenta del grado de reincidencia. Se tiene previsto registrar estos datos, a través de acciones de seguimiento que el PRAC realiza.

- **¿Cuáles fueron las resistencias y desafíos con las que se encuentran?**

De la entrevista mantenida con la Coordinadora se desprende que existen resistencias aún en los operadores judiciales, en ocasiones por falta de conocimiento de los recursos existentes. En otros casos, los jueces o fiscales desconfían de que las partes hayan prestado su consentimiento de manera libre e informada y ello genera que no sean homologados los acuerdos alcanzados en sede judicial, a pesar de la voluntad de las partes. Finalmente, algunos operadores judiciales entienden que el sistema penal debe responder desde la lógica retributiva para que su respuesta sea adecuada.

La Coordinadora señaló a modo de ejemplo que uno de los Defensores designado con los que se ha articulado casos en materia penal juvenil realizó gestiones informales de difusión de la existencia y disponibilidad del Programa entre los actores del Fuero de Menores. Allí encontró respuestas dispares de parte de los diversos magistrados (jueces y fiscales), incluso algunos operadores del sistema se manifestaron en forma contraria a la aplicación de solución alternativa de conflictos cuando se encuentren involucradas personas menores de edad.

En relación a los desafíos pendientes, conforme surge del propio informe de Gestión del Programa “En primer lugar, se advierte un incremento en los requerimientos de intervención, particularmente en el ámbito penal, que da cuenta del aumento de la legitimidad que estas prácticas van adquiriendo entre los operadores jurídicos. Esto genera el desafío de trabajar conjuntamente con las dependencias derivadoras a fin de optimizar el trabajo articulado con cada repartición.

En segundo lugar, se presenta el desafío de identificar en cada caso los efectos cualitativos que los procesos de facilitación generan sobre las personas, sus vínculos y la dinámica del conflicto, para lo cual se prevé profundizar en las actividades de seguimiento, evaluación y monitoreo comenzadas en el presente período. Por último, con miras a desarrollar abordajes interdisciplinarios de los conflictos, se identifica como desafío la inclusión en el equipo PRAC de un profesional psicólogo y/o trabajador social, preferentemente especializado en niños, niñas y adolescentes y en mediación. En casos

⁶⁹ Anexo I de la Res. DGN No 892/2018, p. 15.

que involucran a personas imputadas menores de edad se gestionó la colaboración de otras áreas”.⁷⁰

- ¿Han notado impactos debido a los cambios en las políticas sociales, económicas y en la planificación de la política criminal?

No se abordó esta cuestión en la entrevista.

- ¿Qué tipos de acuerdo se celebran?

La Coordinadora del Programa facilitó los modelos de acuerdo que utilizan. El Programa cuenta con un Folleto explicativo, una Guía de derivación para la atención de víctimas de delitos, y dos Modelos de Acta Acuerdo de Conciliación y Reparación Integral, los que se acompañan como Anexos.

5.1.3. Palabras finales

Puede decirse que el Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la DGN cuenta con sólidas profesionales que han consolidado una tarea que se inició con la creación de la dependencia. En este sentido, además de la intervención en casos particulares, el Programa sentó las bases para el trabajo a través de la formación teórica, la capacitación y la elaboración de materiales de difusión e insumos.

Se observa también que el Programa se ha abierto camino para instalar prácticas restaurativas en materia de justicia penal juvenil, en un contexto donde el marco jurídico e institucional poco acompaña. Así, la ley No 22.278 se encuentra arraigada en las prácticas de los operadores de la justicia de menores, a lo que se suma un nuevo Código Procesal Penal que entrará en vigencia paulatinamente, subsistiendo por el momento un sistema mixto con cuestionamientos profundos si se lo analiza a la luz de los estándares internacionales.

Todo esto resulta un escenario complejo que no permite desplegar la potencialidad del Programa en su totalidad. Sin embargo, las experiencias que han llevado adelante con adolescentes que presuntamente habían cometido delitos tuvieron un resultado auspicioso, arribando a acuerdos restaurativos y resolviendo los conflictos sociales que surgieron del delito (Fava, 2018).

Para la construcción de un sistema de justicia penal juvenil con perspectiva restaurativa, la existencia de un programa como el que aquí se analiza es un eje fundamental en la implementación del cambio de paradigma. Es así que, en la planificación de políticas institucionales, la asignación de presupuesto y especialmente de personal para desarrollar la tarea, se puede inferir las prioridades en la gestión. Por lo tanto, otro aspecto relevante a ser señalado, radica en la necesidad de fortalecer con recursos profesionales y edilicios al Programa.

⁷⁰ Informe Anual del Programa 2018, p.6.

En síntesis, el camino hacia la justicia restaurativa en materia penal juvenil ha comenzado a recorrerse en el Poder Judicial de la Nación y cuenta con la capacidad técnica necesaria para revolucionar un fuero que se ha caracterizado por su atraso y discrecionalidad en la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño. La sanción del nuevo Código Procesal y el compromiso de las integrantes del Programa, así como de los magistrados del Ministerio Público de la Defensa que actúan como “derivadores”, permiten deducir que este es un camino que no tiene vuelta atrás y que será una herramienta fundamental en la construcción de un sistema de justicia especializada y respetuosa de los derechos de los adolescentes.

5.2. AREA DE MEDIACION, RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS PENALES Y JUSTICIA RESTAURATIVA DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE LOMAS DE ZAMORA

5.2.1. Contexto

La información volcada en el presente cuestionario fue provista en el marco de la entrevista realizada en la sede del Área de Mediación realizada con fecha 11 de septiembre de 2018. Asimismo, se remitió luego el cuestionario para su validación.

- Datos sobre ubicación geográfica

Lomas de Zamora es un municipio que se encuentra en la Provincia de Buenos Aires. Ubicado aproximadamente a 40 minutos de la Ciudad de Buenos Aires, al sur del conurbano bonaerense. La experiencia que se analiza, sin embargo, abarca también otros municipios debido a que se encuentra en el Departamento Judicial de Lomas, que incluye los municipios de Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, Ezeiza, Lanús y Lomas de Zamora.

- Datos sobre cantidad de población

Según las estadísticas del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Municipio posee una población de menos de 700.000 habitantes.⁷¹ El Departamento Judicial suma una población total de 2.435.802 lo que representa el 15,6% de la Provincia de Buenos Aires.⁷²

- Datos sobre cantidad de investigaciones preparatorias iniciadas durante el 2018

Conforme surge de las estadísticas del Ministerio Público Fiscal, la cantidad de Investigaciones Penales Preparatorias (IPP) en el Fuero Penal de adultos iniciadas durante el 2018 fue de 150.651, lo que representa un 17,7% del total de IPP iniciadas en la Provincia de Buenos Aires.⁷³

⁷¹ Conforme se desprende de la proyección estadística realizada por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Municipio de Lomas de Zamora tendría al 2018, 643.437 habitantes. Disponible en: http://www.estadistica.ec.gba.gov.ar/dpe/images/Proyecciones_x_municipio_2010-2025.pdf, p.10

⁷² <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Superficie%202011.pdf>

⁷³ <https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPP%20FCC%202018.pdf>

- Datos sobre cantidad de investigaciones preparatorias iniciadas durante el 2018 en el fuero penal juvenil

En el mismo sentido, de las estadísticas del Ministerio Público Fiscal, se desprende que se iniciaron durante ese mismo período 4.177 IPP, lo que representa el 16 % del total de causas iniciadas en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil.⁷⁴ Teniendo presente estos números, la cantidad de IPP en el Fuero Penal Juvenil representaría el 2,77 % del número de IPP del sistema de adultos.

5.2.2. Sobre la experiencia de justicia juvenil restaurativa en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora

- Pertenencia institucional

Con fecha 16 de diciembre de 2014, a través de la Resolución 31/14, firmada en forma conjunta entre el Dr. Enrique Ferrari, Fiscal General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y el Dr. Eduardo Germán Bauché, Defensor General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, se creó el Área de Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos Penales y Justicia Restaurativa (en adelante Área de Mediación). (Se adjunta copia de la Resolución 31/14 como Anexo). La dependencia se encuentra a cargo de la Dra. Mariana Cecilia Apalategui, abogada mediadora e integrada por un equipo de profesionales y auxiliares judiciales psicólogos, trabajadoras sociales y abogadas.

Se registró como antecedente la Resolución 7/14 de la Defensoría General de Lomas de Zamora por la que se había creado la Defensoría Especializada en Mediación Penal Juvenil, Resolución Alternativa de Conflictos y Justicia Restaurativa.

Con fecha 11 de septiembre de 2018, tuve oportunidad de realizar una visita a dicha dependencia. Se plasma en los apartados siguientes la información allí recabada. Cabe señalar que durante la entrevista se indicó que luego de que se firmara la resolución conjunta, ambas partes designaron recursos para el funcionamiento del Área de Mediación, y se invitó a participar de la tarea al Cuerpo Técnico Auxiliar de la Corte Suprema Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

- Espacio físico

Al inicio de la creación del Área, se asignó un espacio dentro del edificio donde funcionan las Defensorías Públicas del Fuero de Menores. Sin embargo, ese espacio no ofrecía las características adecuadas para generar confianza o para garantizar la confidencialidad en las intervenciones.

Se solicitó entonces la asignación de un lugar propio, se presentó un proyecto ante Procuración General y se inició la búsqueda dentro del radio del edificio de los tribunales del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, requisito exigido para la aprobación del proyecto.

⁷⁴<https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPP%20FRPJ%202018.pdf>

El espacio finalmente elegido resultó ser una casa, ubicada en una esquina de un barrio residencial. Cabe señalar que se trata de un lugar luminoso, amplio, muy acogedor. En lo que podría ser un comedor funciona el área asignada al equipo de trabajo. Una antigua habitación es ahora una sala de reuniones, despojada de elementos distractivos, con paredes blancas, una mesa, sillas y una pequeña biblioteca. Poseen un patio interior, que según relataron, utilizan con frecuencia para trabajar con los adolescentes, incluso se les sugiere a los/las adolescentes utilizar ese espacio para poder escribir cartas, recurso que utilizan con asiduidad en los procesos restaurativos.

La casa se aleja por completo de las formalidades de los tribunales, no posee símbolos religiosos, ni estrados o cualquier otro elemento que retrotraiga a formalidades propia de las instancias judiciales. Asimismo, contar con un lugar fuera de los edificios de tribunales, también garantiza la adecuada confidencialidad de todo lo conversado en las audiencias y reuniones por parte de los involucrados en el proceso. Sin duda, conforme destacaron en la entrevista, el espacio ha sido un elemento fundamental en la construcción de prácticas restaurativas.

- **Población/tipo de intervención según franja etaria**

El Área aborda conflictos que derivan de la comisión de un delito que tienen como presunto responsable a adolescentes punibles y no punibles. Durante la entrevista, la responsable del Área facilitó una copia del Protocolo de Actuación elaborado y revisado por el equipo. Del punto 6 se desprende que el procedimiento de mediación podrá efectuarse “en todos los casos, independientemente de la edad del Joven infractor y siempre que la causa no hubiere sido ya resuelta en forma definitiva. También podrá aplicarse en aquellas causas que se encuentren en ejecución.”

Conforme fuera informado en la entrevista, se abordan ambas franjas etarias puesto que el criterio radica en determinar qué casos pueden ser susceptibles de un abordaje restaurativo. En relación a los/las adolescentes que se encuentran por debajo de la edad penal, se realiza un ofrecimiento de intervención, teniendo en cuenta que no podrán ser alcanzados por una sanción penal.

También fue informado que en los casos que han recibido, se encontraron con adolescentes de muy diversas pertenencias socio-económicas, diversos niveles escolarización y problemáticas de vulnerabilidad social.

- **Marco jurídico y herramientas procesales**

Resulta necesario referir que en el año 2005 se sancionó la ley 13.433 de Mediación y Conciliación Penal. Si bien dicha norma excluye a las personas menores de edad de los procesos de mediación penal, su sanción ha permitido el impulso de prácticas de mediación penal en la Provincia.

En dicha norma se citan los art. 38 y 45 inc. 3 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.059) y el art. 56 bis de la ley 11.922 que receptan la facultad de utilizar mediación y el criterio de oportunidad como potestad del Ministerio Público.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

El Área de Mediación, por su parte, debió elaborar el marco normativo para su intervención. Se hizo entrega de una copia de dicho documento. (Se adjunta como Anexo). Como fundamento central se señaló la aplicación del art. 40.1, 40.3 y 40.4 de la Convención sobre Derechos del Niño; la Directriz No 57 de las Directrices de Riad, las Reglas No 5 y 6.1 de las Reglas de Beijing.

Además, la Provincia de Buenos Aires cuenta con la ley 12.061 que en su art. 38 establece que el Ministerio Público propiciará y proveerá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos. El art. 48 de la misma norma indica que el área social comprende la mediación y la asistencia a la víctima. Estas disposiciones encuentran su correlato en la ley 13.364. En dicha normativa se prevén herramientas procesales en materia de justicia penal juvenil y resultan especialmente relevante los artículos 31, 33 y 75.

Finalmente, el documento destaca el art. 86 del Código Procesal referido a la situación de la víctima durante el proceso y establece que será tenida en cuenta la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor y la solución o morigeración del conflicto.

- **Mecanismos de derivación y herramientas utilizadas**

Un integrante del Área de Mediación, designado especialmente, tiene por función trabajar en forma articulada con las Fiscalías del Fuero Penal Juvenil a fin de seleccionar casos que se vislumbren como viables para un eventual proceso de mediación o de justicia restaurativa. Se requiere el consentimiento del Fiscal y la notificación de la causa y de sus derechos al imputado para que la derivación sea realizada.

Se señaló durante la entrevista que se utiliza la mediación directa (que incluye encuentro entre las partes), mediaciones indirectas (que no incluyen encuentros cara a cara entre las partes), reuniones familiares y con referentes educativos y todo otro mecanismo que lleve a la solución del conflicto.

Por tanto, la mediación ha sido una herramienta fundamental. Sin embargo, luego se reorientó el trabajo hacia una concepción más amplia de la justicia restaurativa que aborda conflictos interpersonales, teniendo en cuenta que, en estos casos, uno de los actores resulta ser un/una adolescente. Se trabaja “más allá de la mediación” (SIC), teniendo como objetivos que el joven no reitere su conducta disvaliosa y que la víctima pueda ser reparada.

- **Etapa procesal en la que se puede derivar el caso**

En el punto anterior se señaló que el imputado debe estar notificado de la existencia de la causa y sus derechos y que el Fiscal debe prestar consentimiento. Asimismo, durante la entrevista se indicó que poseen un eje de trabajo con establecimientos educativos en mediación escolar, donde incluso no es necesario que se formule una denuncia o que se judicialice un conflicto.

Conforme el Punto 6 del Protocolo de Actuación, no hay limitaciones en cuanto al momento procesal en el que se puede recurrir al Área de Mediación.

- **Tipos de delitos que pueden ser derivados**

En principio, conforme el Punto 6 del Protocolo de Actuación, podría interpretarse que el Área de Mediación interviene ante la existencia de un delito de acción pública, sea o no dependiente de instancia privada. Sin embargo, como se señaló, la intervención puede ser más amplia, incluso sin mediar denuncia o judicialización de un conflicto. Se informó que al inicio se trabajó solo en caso de delitos leves, luego las intervenciones se ampliaron a todo tipo de delito.

Se hizo entrega de las estadísticas. (Se adjunta como Anexo). De la documentación entregada surge que se han trabajado un total de 297 casos desde la creación del Área. La variedad de tipos penales sobre los que han trabajado es amplia. Se observa que la mayor cantidad de casos ha sido referida a lesiones (leves, graves y gravísimas) junto con amenazas, suman 84 casos. En segundo lugar, se observa una preponderancia de delitos contra la propiedad (robos y hurtos simples o agravados) con 57 casos. De la copia se desprende también la intervención en casos muy complejos como delitos contra la integridad sexual (abuso simple) en al menos 6 oportunidades; delitos contra la vida e incluso una situación de violencia familiar.

Durante la entrevista señalaron que existen casos especialmente sensibles en los que velan por no revictimizar al damnificado/a o que se reproduzcan patrones de violencia, por ejemplo, en los supuestos de violencia de género. Allí se trabaja con entrevistas separadas, sin confrontar a los actores intervinientes del conflicto para evitar cualquier tipo de revictimización.

- **Cantidad de casos trabajados en el año**

Como se señaló, de la copia de las estadísticas entregada (actualizadas a noviembre de 2018) se desprende que el total de causas ingresadas desde la creación del Área de Mediación en el 2014 fue de 314 casos. Asimismo, en 116 oportunidades se pudo alcanzar meditaciones satisfactorias, mientras que contaban 174 casos no mediados. De estos 174 causa, en 47 oportunidades se logró la adopción de acuerdos restaurativos y en 31 oportunidades no se logró contactar a las víctimas por falta de datos. Del total de casos ingresados, poseían 24 aun en trámite.

- **Conformación del equipo de intervención**

En la entrevista mantenida se informó que en el equipo se desempeñan 2 abogadas, 2 psicólogas, 1 mediador y estudiante de ciencias biológicas, 2 estudiantes de derecho. Por su parte, el Cuerpo Médico Auxiliar brinda asistencia técnica, para ello, una abogada y una trabajadora social prestan colaboración con el Área de Mediación, especialmente en el trabajo territorial. Todos los integrantes del equipo poseen formación en mediación.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Resultó especialmente interesante la distribución del trabajo. Uno de los integrantes del equipo posee entre sus funciones la articulación con las Fiscalías a fin de poder seleccionar casos que resulten potencialmente viables para la celebración de acuerdos.

Otra de las integrantes del equipo tiene entre sus funciones la articulación con recursos comunitarios a fin de poder facilitar el acceso a los derechos de los/las jóvenes que provengan de una situación social de vulnerabilidad. El programa articula con recursos del municipio, de la Provincia de Buenos Aires e incluso del Estado Nacional. En el mismo sentido, fue relatado que una de las integrantes del equipo posee entre sus tareas el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos celebrados.

- **Articulación con el sistema de protección**

Conforme se hizo referencia en el punto anterior, una integrante del equipo tendría entre sus funciones la articulación con recursos comunitarios. Refirieron tener una muy buena respuesta a las solicitudes del Área de Mediación. Especialmente se destacó la articulación con el Municipio, las áreas educativas, recreativas y de formación profesional.

Manifestaron ser flexibles a la hora de buscar recursos que permitan la restitución de derechos vulnerados de los/las adolescentes. Por ello, también se articulan acciones con referentes comunitarios y barriales con los que ya fueron consolidando vínculos.

Entre los recursos mencionados señalaron la relevancia de los centros provinciales para el tratamiento de las adicciones (CPA), los recursos ofrecidos por el SE.DRO.NAR que poseen equipos interdisciplinarios las 24 hs. del día, delegaciones en diversos barrios y capacidad de solventar tratamientos para el abuso problemático de sustancias. En otro orden de cosas se mencionó el Programa Envión, de la Provincia de Buenos Aires, que cuenta con talleres de inclusión, comedores y equipos psicológicos que trabajan para la reinserción escolar. Finalmente, mencionaron algunas acciones con el Programa Más y Mejor trabajo del ex Ministerio de Trabajo de la Nación.

De la entrevista mantenida puede desprenderse la relevancia que el Área de Mediación asigna a la restitución de derechos vulnerados como parte del trabajo para la solución del conflicto. Tanto es así, que el proceso restaurativo se inicia con el joven presunto infractor y su familia a fin de conocer la realidad familiar y social del adolescente con el objeto de articular con recursos comunitarios la restitución de sus derechos vulnerados.

- **Modalidad de abordaje en torno a la responsabilización de los/las adolescentes**

Conforme fuera informado durante la entrevista, el inicio del trabajo comienza con el/la adolescente infractor/a y su familia o referentes adultos. Allí se inician los encuentros abordando también la restitución de derechos vulnerados y articulación con los recursos comunitarios, lo que ya fue mencionado en el punto anterior.

La psicóloga, por su parte, trabaja en la reflexión del/la adolescente. Se habla de conflicto, no de casos penales. Se busca generar confianza y explicar acabadamente de que se trata la tarea del Área de Mediación. La intervención aborda las repercusiones personales

sobre el hecho y sobre el delito. Se le pregunta al/la adolescente sobre el sufrimiento propio y o de sus afectos por causa de la detención. Es frecuente que se sientan muy afectados por el dolor que causaron a su propia familia. Indicaron frecuentes referencias del tipo: “lo que más me dolió, fue ver llorar a mi mamá”.

De este modo se comienza a trabajar sobre la responsabilidad, sobre el daño que puede causar su accionar y las consecuencias negativas del delito, no solo para la víctima, sino también el impacto en la vida de los/las propios/as adolescentes y sus afectos.

Un aspecto de mucha relevancia radica en explicar de manera suficiente que el procedimiento llevado adelante en el Área de Mediación es confidencial, voluntario y que los integrantes del equipo buscarán realizar sus intervenciones de manera neutral. Ello impacta positivamente, ya que el/la adolescente no debe defenderse de una acusación, sino que está en él o ella llegar a una solución de la conflictividad.

Durante la entrevista se abordó con la psicóloga presente la dificultad que en ocasiones se observa en la comunicación con adolescentes provenientes de sectores vulnerables por dos motivos. El primero, la dificultad de simbolización y gran tendencia al pensamiento concreto. La segunda, la identidad construida en torno a la transgresión. La psicóloga refirió que planificaba desarrollar a tal efecto talleres comunitarios con un fuerte componente lúdico que permita contribuir a remover tales obstáculos.

- **¿Es necesaria la participación de los padres? ¿En qué medida deben prestar consentimiento sobre el acuerdo para que sea válido?**

La participación de los padres o adultos referentes está prevista. En tal sentido, se mencionó que se concibe el involucramiento de la familia como un factor de cambio en el proyecto de vida del/la adolescente. Sin perjuicio de ello, en algunos sectores de clase media/media alta, se observó que los padres funcionaban como obstáculo para arribar a acuerdos.

Al respecto se indicó que se intenta dar protagonismo al/la adolescente y que, si bien los padres pueden opinar y acompañar, se busca priorizar la voluntad del/la joven cuando este quiere participar del proceso y solucionar el conflicto.

Se ha trabajado con otros referentes adultos, especialmente cuando los padres no se involucran en el proceso.

- **¿Se asigna abogado/a defensor/a al adolescente durante su participación en el programa?**

En los casos en que los/las adolescentes posean defensa pública, no han tenido casos en que se involucren en el procedimiento restaurativo. En parte, por el cúmulo de tareas, en parte porque el Área de Mediación es parte de la Procuración General y ya conocen la modalidad de trabajo.

Se informó que la participación de actores con asistencia jurídica resulta más frecuente en los casos de contar con patrocinio jurídico privado. La experiencia al respecto no sería

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

evaluada como positiva, ya que los letrados buscan imprimir al procedimiento una lógica adversarial, propia de los litigios en sede judicial. No cuentan con acabado conocimiento sobre temas de justicia restaurativa y la visión del litigio dificulta el proceso ya que quita protagonismo a las partes.

- **¿Cómo se garantiza la confidencialidad para que la asunción de responsabilidad del/la adolescente no sea luego utilizada en el proceso?**

Expresaron que no han tenido dificultades con relación a la violación de la confidencialidad. En tal sentido señalaron que no hay encuentro entre las partes si los integrantes no poseen certeza de que se hallan preparadas para avanzar en un acuerdo.

También se señaló que una vez arribado al acuerdo, éste es aprobado por el Fiscal y la causa se archiva y no quedan registros de antecedentes.

Se señaló también que resulta frecuente que los/las adolescentes escriban una carta pidiendo disculpas al ofendido. En ese caso, no se permite llevar dicho documento fuera del Área de Mediación, ni extraer copias a fin de evitar que sea luego utilizado como prueba contra el/la adolescente.

- **Describa la modalidad de abordaje respecto del/la damnificado/a**

Durante la entrevista se señaló que desde el Área de Mediación se utiliza el término “víctima” para connotar al damnificado. Asimismo, se indicó que al momento en que se cita a la víctima ya se cuenta con un trabajo previo con el/la adolescente que le permite al Área informar sobre los avances respecto del joven y las estrategias desplegadas para su reintegración a los ámbitos escolares y comunitarios.

Se señaló que en no pocas ocasiones la víctima muestra un gran enojo al inicio, es decir, llega con una carga emocional muy fuerte. También suele ocurrir que se perciban expectativas muy bajas respecto a la reparación por parte del/la joven infractor/a. Sin embargo, luego de conocer los avances respecto del trabajo con el/la adolescente, se percibe el paso a una etapa más reflexiva. Desde el Área de Mediación se realiza especial énfasis en el rol de la víctima como un actor clave en el cambio que se pueda producir en el/la joven.

- **¿Se puede participar sin que exista un/a damnificado/a identificable o en caso de que la persona ofendida no preste su conformidad?**

Se informó que cuando la víctima no puede o no desea participar del proceso, se puede llevar adelante una “reparación social del daño”. Entre los ejemplos mencionados se señaló el compromiso de que el/la adolescente retome la escuela, ingrese a un espacio terapéutico, o realice una tarea social. Para ello también trabajan con organizaciones de la sociedad civil como Cáritas. Se informa al Fiscal la medida de reparación y éste presta conformidad.

- **¿Cuál es el plazo aproximado entre que el caso ingresa al sistema penal y finaliza el proceso en el marco del Área de Mediación?**

Conforme lo informado en la entrevista, los plazos de todo el procedimiento suelen ser inferiores a 6 meses. En este sentido, refirieron que los plazos en los que se implementa el cumplimiento de los acuerdos suelen estipularse entre 3 y 4 meses de duración donde se realiza el seguimiento por parte del Área de Mediación. Se señaló que tuvieron un caso excepcional de mayor complejidad en el que se llegó a un año.

- **¿Se cuenta con estadísticas de reincidencia?**

No se abordó este punto. Se mencionó durante la entrevista que la utilización de mecanismos restaurativos tiene como característica la baja reiterancia en la comisión de delitos. Con posterioridad, la Dra. Apalategui, remitió información mediante correo electrónico. Allí indicó que respecto a la reiterancia de conductas delictivas trabajan con un total de 260 jóvenes de los cuales sólo el 10% reiteró su accionar.

- **¿Cuáles fueron las resistencias principales con las que se encontraron?**

De la entrevista mantenida se desprende que la principal resistencia la observan en los Fiscales, quienes se oponen a la derivación de los casos. Se agregó que algunas fiscalías poseen mayor predisposición que otras.

En términos generales, se indicó que la negativa a derivar casos la fundamentan en la protección a la víctima y a su deber de brindar una protección a quien atravesó una circunstancia de violencia.

- **¿Han notado impactos debido a los cambios en las políticas sociales, económicas y en la planificación de la política criminal?**

Ante esta pregunta se señaló que no lo habían analizado en profundidad, pero que podría observarse algún deterioro mayor en ciertos sectores vulnerables. No se indicó como un asunto que afectara la tarea especialmente.

- **¿Qué tipo de acuerdo se celebran?**

Se indicó que los acuerdos celebrados son de lo más variados y se trabaja con flexibilidad. Se expresó que trabajan para que las pautas acordadas resulten de posible cumplimiento. Esto significa que frente a expectativas demasiado ambiciosas se recuerda que el infractor es un adolescente con una autonomía aún en desarrollo.

Entre las medidas mencionadas se destacaron: pedidos de disculpa y reparación simbólica, la devolución de cosas, reparación económica, compromiso de no volver a cometer ciertas conductas, pedidos de aclaración de lo sucedido, tareas comunitarias, etc.

Para finalizar, se resaltó que el plazo para el cumplimiento de los compromisos es fijado de antemano y que una vez arribado al acuerdo no han tenido experiencias de Fiscales que presenten objeciones o no homologuen lo acordado.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En relación a ello, se destaca que una persona del Área de Mediación tiene entre sus funciones la tarea de dar seguimiento al cumplimiento de lo acordado, mantener entrevistas con el/la adolescente y con la víctima. Tuve oportunidad de compulsar la carpeta donde se guardan las actas de reuniones con los damnificados. De allí surgían numerosos testimonios que daban cuenta de la experiencia positiva que les había significado el paso por una instancia como la que desarrolla el programa.

5.2.3. Palabras finales

Haber tenido oportunidad de conocer el Área de Mediación, su recorrido institucional, metodología de trabajo y experiencia acumulada, significó la ratificación de que resulta posible un modo de abordar los conflictos que surgen del delito cometido por adolescentes desde una perspectiva restaurativa.

Además, esta experiencia indica que ello puede hacerse de conformidad con los estándares de derechos humanos y niñez, aún en poblaciones grandes y populosas. Esto resulta especialmente trascendente, ya que con frecuencia se escuchan voces que se oponen a la implementación de mecanismos restaurativos señalando que solo se podrían implementar en comunidades pequeñas y con alta cohesión social.

De la experiencia se resalta el compromiso y formación de los integrantes del equipo, pero también la rigurosidad con la que pensaron la práctica elaborando un documento que establezca el marco normativo para dar sustento jurídico en base a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se subsana así la falta de una ley Nacional en materia de justicia penal juvenil.

También se destaca la elaboración de un protocolo de actuación y de las estadísticas que dan cuenta de la metodología y de la evaluación del trabajo realizado. En otro orden de cosas, impactó positivamente la elección del lugar escogido para el desarrollo de la tarea, despojado de la lógica propia de los ámbitos judiciales. Finalmente, resta señalar el esfuerzo de articulación con recursos comunitarios para la restitución de derechos vulnerados de los/las adolescentes de sectores vulnerables.

Se observó como desafío, la necesidad de profundizar la difusión del trabajo a fin de convencer a aquellos operadores judiciales que aún presentan resistencias y así poder abordar un mayor caudal de casos. A mi entender, la incorporación de casos de adolescentes por debajo de la edad de punibilidad requiere de una discusión profunda a fin de no ampliar la esfera de intervención penal indebidamente.

En síntesis, la experiencia analizada se presenta como un modelo a seguir y replicar, en el entendimiento de que este es el mejor camino posible para la construcción de una justicia penal juvenil en los términos previstos en la Convención sobre Derechos del Niño.

5.3. AREA DE MEDIACIÓN DE LA FISCALÍA DEL FUERO DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE SAN MARTÍN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La presente entrevista se realizó en el marco de la visita realizada al Área con fecha 10 de abril de 2019. Luego se remitió a las integrantes del Área, Dra. Claudia Rossi y Romina Kojdamanian para su validación.

5.3.1. Contexto

- **Datos sobre ubicación geográfica**

Conforme se desprende de la página web del Municipio. La Ciudad de San Martín está ubicada en la Provincia de Buenos Aires. Limita con la Ciudad de Buenos Aires, de la que se encuentra separada por la Avenida General Paz. Asimismo, limita con otros municipios de la zona norte del conurbano bonaerense como San Isidro, Vicente López, Tigre, Tres de Febrero y San Miguel.

La experiencia que se analiza abarca también otros municipios debido a que se encuentra en el Departamento Judicial de San Martín, que incluye a los Municipios de José C. Paz, Malvinas Argentinas, San Miguel y Tres de Febrero.

- **Datos sobre cantidad de población**

Según las estadísticas del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Municipio posee una población de alrededor de 400.000 habitantes.⁷⁵ El Departamento Judicial suma una población total de 1.618.813 lo que representa el 10,4% de la Provincia de Buenos Aires.⁷⁶

- **Datos sobre cantidad de investigaciones penales preparatorias iniciadas durante el 2018**

Conforme surge de las estadísticas del Ministerio Público Fiscal, la cantidad de Investigaciones Penales Preparatorias (IPP) en el Fuero Penal de adultos iniciadas durante el 2018 fue de 95.216, lo que representa un 11% del total de la Provincia de Buenos Aires.⁷⁷

- **Datos sobre cantidad de investigaciones penales preparatorias iniciadas durante el 2018 en el fuero penal juvenil**

En el mismo sentido, de las estadísticas del Ministerio Público Fiscal, se desprende que se iniciaron durante el 2018, 2.223 IPP, que representa el 8,5 del total de IPP iniciadas en

⁷⁵ Conforme se desprende de la proyección estadística realizada por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Municipio de General San Martín tendría al 2019, 424.567 habitantes. Disponible en: http://www.estadistica.ec.gba.gov.ar/dpe/images/Proyecciones_x_municipio_2010-2025.pdf, p.13. Última visita: 01/03/2019

En el mismo sentido: <http://www.sanmartin.gov.ar/la-ciudad/datos-geograficos/>. Última visita: 01/03/2019

⁷⁶ <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Superficie%202011.pdf>

⁷⁷ <https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPP%20FCC%202018.pdf>.

el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires.⁷⁸ Teniendo presente estos datos, la cantidad de IPP en el Fuero Penal Juvenil representaría el 2,33 % del número de IPP del sistema de adultos.

5.3.2. Sobre la experiencia de justicia juvenil restaurativa en el Departamento Judicial de San Martín

- Pertenencia institucional

El Área de Mediación de la Fiscalías del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (en adelante el Área o el Área de Mediación) depende de la Fiscalía General del Departamento Judicial de San Martín. Originalmente el Área nació a partir de un convenio de colaboración entre la Municipalidad de San Martín, el Colegio de Abogados, la Fiscalía General y la Universidad de San Andrés, donde el Profesor Raúl Calvo Soler se desempeñaba como docente y aportaba el marco teórico al proyecto. Se implementó así un Proyecto Piloto que duró dos años, cuya competencia era exclusivamente el trabajo con casos dentro del Municipio de San Martín. En ese marco se crearon cargos en la Fiscalía General, mientras que el Municipio contrató abogadas mediadoras, trabajadoras sociales y psicólogas.

Una vez finalizado el Proyecto Piloto, el Área de Mediación continuó su tarea con casos derivados de las Fiscalías del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de todo el departamento judicial de San Martín. Cabe señalar que el equipo de trabajo que había sido contratado por el Municipio también continuó abordando casos dentro de su competencia. Ambos equipos intercambian consultas y articulan estrategias en algunos casos.

- Espacio físico

El Área de Mediación funciona en un edificio de la Fiscalía General donde tienen asiento las Fiscalías del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Martín. Cuentan con una oficina que permite mantener entrevistas y resguardar la confidencialidad. Allí también cuentan con un espacio para la realización de Cámara Gesell que pueden utilizar en caso de ser necesario.

- Población que abarca el programa/tipo de intervención según franja etaria

El Área trabaja con adolescentes punibles y no punibles. Cabe mencionar que las profesionales indicaron que los Fiscales suelen derivar casos de adolescentes menores de la edad mínima de responsabilidad penal. Se expresó reiteradamente que las derivaciones refieren con frecuencia a casos que serían usualmente archivados.

En referencia a este punto indicaron que la incorporación de casos que involucran a personas menores de 16 años de edad, ha sido objeto de profundos debates internos en el equipo y también con los profesionales dependientes de la Municipalidad de San Martín. La decisión de abordar casos de niños/as y adolescentes no punibles, radica en

⁷⁸<https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPP%20FRPJ%202018.pdf>

que entienden que cuando los Fiscales les derivan un caso, se abre una oportunidad para trabajar los conflictos y brindar respuesta a las víctimas, a la comunidad, así como profundizar el proceso de responsabilización del adolescente y su inserción en programas comunitarios.

Cabe señalar además que, en caso de la Provincia de Buenos Aires, se aplican medidas de seguridad a los adolescentes por debajo de la edad mínima de responsabilidad en los términos del art. 64 de la ley N°13.634. Por lo tanto, brindar una respuesta desde la perspectiva restaurativa voluntaria y confidencial, entienden resulta menos gravoso que la respuesta represiva que implica privación de la libertad del niño/a/adolescente bajo el eufemismo de una medida de seguridad.

- **Herramientas procesales que permiten la derivación**

Se utilizan los artículos 33 y 40 de la ley 13.634 de la Provincia de Buenos Aires:

ARTICULO 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.

ARTICULO 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. La víctima podrá oponerse a la decisión del Fiscal, ante el Fiscal General Departamental dentro de los diez (10) días de dictada la Resolución. Presentado el reclamo, se citará a una audiencia a todos los intervinientes y, previo a resolver el Fiscal General abrirá debate sobre el punto.

- **Mecanismos de derivación al programa**

Las derivaciones son efectuadas por los Fiscales en causas por delitos leves tales como: lesiones, amenazas, daño, tentativa de robo, hurto, entre otros. Cabe mencionar que dichos casos, en líneas generales serían pasibles de resolución de archivo o las denuncias podrían ser desestimadas en función de la edad o por el tipo de delito que se les imputa.

- **Etapas procesales en la que se puede derivar el caso al programa**

Se hizo énfasis en que muchos de los casos derivados se encontraban en condiciones de ser archivados. Por tanto, los Fiscales suelen derivar los casos luego de realizada la denuncia. Asimismo, se hizo referencia a la derivación de algunos casos donde ya se había tomado declaración indagatoria (Conf. Art. 308 C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires). Se indicó que abordar casos en los primeros momentos luego de la denuncia no responde a una limitación impuesta por el equipo, sino que obedece a la práctica instalada por parte de las Fiscalías del Fuero.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

- **Tipos de delito que pueden ser derivados al programa**

Del mismo modo, no existe una limitación impuesta de antemano a el equipo que integra el Área. Los delitos que han trabajado han sido variados y se trabaja cada caso. Como límites si se ha señalado evitar situaciones de violencia instalada entre sujetos, como, por ejemplo, casos de violencia intrafamiliar o de género, no obstante, se realizan entrevistas de asistencia a la víctima conforme el art. 53 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N°14.442. En estos casos, no se implementan mecanismos restaurativos, sino que se realizan derivaciones a los organismos de política pública que correspondan. Entre los supuestos mencionados, se indicó que abordaron numerosos casos de delitos de intimidación pública (denuncias por amenazas de bomba en colegios), lesiones, robos, conflictos vecinales, etc.

- **Cantidad de casos trabajados en el último año**

Señalaron que, a partir de septiembre del año 2018, el área de informática de la Fiscalía General facilitó la incorporación al sistema informático del Área de Mediación. Se les designó como “Área de Justicia Restaurativa”, lo que entendieron como importante para su identidad. Desde esa fecha hasta el momento de trabajaron 80 casos aproximadamente. El detalle de la estadística aún se encontraba en construcción.

- **Tipo de mecanismo/herramienta restaurativa utilizada**

De la entrevista surge que siempre se analiza cada caso en particular a fin de definir la mejor estrategia. Como metodología se utiliza la realización de entrevistas semi-estructuradas con contenido reflexivo. Como los casos derivados suelen ser casos pasibles de archivo, que no requieren de una acreditación posterior en el proceso sobre el resultado al que se arriba y la tarea no suele exigir un encasillamiento en las herramientas usualmente utilizadas (mediación, acuerdo restaurativo, procesos restaurativos con una sola de las partes, etc.). Sin perjuicio de ello, se informa en el expediente el resultado de la intervención realizada por el programa.

- **Conformación del equipo de intervención**

El equipo está integrado por una abogada mediadora y una trabajadora social, también con formación en mediación. Ambas profesionales recibieron capacitación especial durante la implementación del Proyecto Piloto antes mencionado. La trabajadora social estaba próxima a asumir otro cargo en otra dependencia y no sabía si sería reemplazada. Claramente la falta de profesionales para la integración del equipo era interpretada por ambas como una debilidad para profundizar el trabajo en materia de justicia restaurativa.

- **Articulación con el sistema de protección**

Señalaron que según su experiencia existe una marcada diferencia entre aquellos/as adolescentes que cuentan con inclusión social -es decir un grupo familiar contenedor, inserción educativa, comunitaria y barrial- y los niños/as/adolescentes se encuentran excluidos de las instituciones básicas de socialización. Expresaron que es más dificultoso trabajar en la responsabilización del/la adolescente donde no hay inclusión socio-

comunitaria. Entendieron que el Sistema de Protección integral debe desarrollar la política pública para garantizar los derechos vulnerados de los/las adolescentes, en tanto existe una responsabilidad compartida por parte de la sociedad y el Estado.

Se expresó que tiene buena articulación con los recursos de política pública del Municipio de San Martín. Asimismo, se indicó como una limitación la falta de recursos comunitarios para resolver los conflictos, razón por la cual muchas veces se recurre a la comisaría a hacer una denuncia de situaciones que podrían resolverse sin intervención del sistema penal.

- **¿Cuál es la modalidad de abordaje en torno a la responsabilización de los/las adolescentes?**

Se busca a través de las diversas entrevistas trabajar en la toma de conciencia de las consecuencias de las acciones y visualizando los daños causados, el lugar de la responsabilidad subjetiva. Mencionaron la experiencia de los casos de amenazas de bomba, donde se les entregaba a los adolescentes un cuestionario que debían responder y luego regresar para la entrevista. Dicho cuestionario estaba orientado a reflexionar sobre lo ocurrido para retomar luego en las charlas los puntos contestados.

- **¿Es necesaria la participación de los padres? ¿En qué medida deben prestar consentimiento sobre el acuerdo para que sea válido?**

Indicaron que en los casos en que se trate de una persona menor de 16 años, siempre se requiere que esté acompañado de un adulto responsable o referente. Si el adolescente posee más de 16 años, se recomienda que sea acompañado por un adulto. No es requisito el consentimiento de los padres en este caso, aunque si preferente.

Indicaron que la participación de la familia es deseable si favorece a la reflexión. También señalaron que, en su experiencia, en los casos de los adolescentes en situación de mayor vulnerabilidad la figura de las madres es mucho más frecuente que la de los padres varones. Refirieron en este sentido que, en ocasiones, se busca que la “justicia” contribuya a poner límites al adolescente través de la ley.

- **¿Se asigna abogado/a defensor/a al adolescente durante su participación en el programa?**

En algunos casos, los adolescentes fueron acompañados por abogados particulares. En general, la defensa pública participa en aquellos supuestos donde se ha tomado declaración indagatoria a los/las adolescentes imputados/as. En los casos donde probablemente no sea pasible de continuar con el proceso y se dicte el archivo de las actuaciones, no llegan a intervenir.

Manifestaron que los integrantes de la defensa pública tienen conocimiento del programa, valoran su trabajo y no han manifestado cuestionamientos ante en la incorporación de los/las adolescentes al Área, ni han realizado planteos en ese sentido. Expresaron que en dos oportunidades solicitaron participar de los procesos restaurativos

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

y sólo en una ocasión se estimó hacer lugar a dicho pedido. Sin perjuicio, dar intervención al área es una facultad de los Fiscales del Fuero.

Indicaron que tenían conocimiento de que en otros departamentos judiciales los programas restaurativos surgen de convenios entre las Fiscalías y Defensorías Generales. Entendieron que depender de la Fiscalía General, en este sentido, podría resultar favorable porque tiene a su cargo el impulso de la acción penal en el marco de un sistema acusatorio. No obstante, que la derivación viniera también de las Defensorías podría ser auspicioso e incrementar los casos a trabajar.

Las integrantes del Programa interpretaron que los Fiscales, en general, son funcionarios permeables al diálogo y con excelente vinculación con el Área. Sin embargo, en ocasiones se perciben que como encargados de garantizar la legalidad y ante la falta de norma nacional que ordene la remisión al área, resulta su deber continuar la persecución penal de los/las adolescentes.

- **¿Cómo se garantiza la confidencialidad para que la asunción de responsabilidad del/la adolescente no sea luego utilizada en el proceso?**

Como fue reiteradamente indicado, algunas de las causas que llegan al Área son pasibles de archivo. Es decir, no habrá continuidad del proceso posible porque la acción penal ya se encontraría extinguida. En su caso, se cita a las víctimas/damnificados y se explica el trabajo del Área y allí se evalúa la viabilidad de continuar con el trabajo restaurativo. Ya se mencionó que el Área trabaja en entrevistas que permiten mantener la confidencialidad ya que cuenta con una oficina para celebrar reuniones y una Cámara Gesell a disposición.

Independientemente de ello, se explicita el carácter confidencial y se deja constancia en el acta de entrevistas de la reserva de lo conversado, generando la confianza necesaria para que los entrevistados se expresen libremente. Se hizo especial énfasis en que el Área trabaja sobre el conflicto y no sobre el delito. Es decir, se pretende la resolución de la disputa y no se mira dicha controversia desde la exclusiva perspectiva del derecho penal.

- **¿Cuál es la modalidad de abordaje en relación al damnificado/a?**

Refirieron que en general, la víctima tiene un escaso nivel de participación en los procesos tradicionales, es poco consultada sobre las decisiones que se toman en el marco de los procesos tradicionales. Desde el Área se busca la participación del damnificado y su protagonismo en la resolución del conflicto o en el proceso restaurativo.

- **¿Se puede participar sin que exista un/a damnificado/a identificable o en caso de que la persona ofendida no preste su conformidad?**

Indicaron que se puede trabajar sin una “víctima” identificable. En algunas ocasiones, el/la damnificado/a puede ser una institución educativa o barrial. En otras, llega un caso, con un encuadre en un tipo penal, pero al conversar con las partes el conflicto adquiere nuevos matices y la “víctima” y el “victimario” pueden no estar tan claramente identificados en esos roles o incluso se confunden.

- ¿Qué tipos de acuerdo se celebran?

Refirieron que entre los acuerdos se destacan: pedidos de disculpas (verbalmente o por carta), reparaciones, confección de afiches en escuelas consignando las consecuencias de realizar amenazas de bomba, propuestas pedagógicas, construcción de juguetes para entregar a niños, pintadas de grafitis o murales. Indicaron que el Municipio de San Martín cuenta con programas de política pública que permite la realización de trabajos comunitarios u otras actividades por parte de los adolescentes.

- ¿Cuál es el plazo promedio de duración de las medidas que surgen de los acuerdos? ¿Cuál es el porcentaje de cumplimiento de los acuerdos? ¿Qué ocurre frente al incumplimiento?

No señalaron que el cumplimiento de las medidas tuviera una duración prolongada, aunque no se especificaron plazos. Se informó que, desde que un caso ingresa al Área hasta que finaliza una intervención, el promedio de tiempo es de 3 meses de plazo.

Las estadísticas del área se encontraban en elaboración, por tanto, no poseían datos sobre el porcentaje de cumplimiento de los acuerdos y/ o de los procesos favorables. Asimismo, agregaron que en general, como luego de la intervención las causas son archivadas, no existe consecuencias judiciales respecto de un posible incumplimiento.

- ¿Se cuenta con estadísticas de reincidencia?

No contaban con esta información estadística ya elaborada.

- ¿Cuáles fueron las resistencias y obstáculos principales con las que se encontraron?

Ya fue mencionado ampliamente que se observa la necesidad de profundizar con los operadores judiciales la capacitación en materia de justicia restaurativa. Asimismo, ya fue indicado que los Fiscales son los encargados de remitir los casos y derivan principalmente aquellos que serán pasibles de dictar el archivo.

También se señaló la necesidad de garantizar los derechos económico-sociales de los jóvenes. El fortalecimiento del Sistema de Protección Integral de derechos resulta indispensable en este sentido ya que los adolescentes que cuentan con acceso a sus derechos básicos e inclusión social son quienes cuentan con mayores herramientas subjetivas para trabajar en la asunción de responsabilidad.

Finalmente, también se pudo observar la falta de asignación de recursos y personal que permita abordar más cantidad de casos y de mayor complejidad. Se refirió en este sentido, que la trabajadora social estaba próxima a asumir otro cargo y que la abogada mediadora tenía una enorme carga de tarea administrativa. Indicaron que, si al menos se asignara un/a empleado/a administrativo/a y dos profesionales con perspectiva restaurativa, el Área podría cobrar una dimensión mucho mayor.

- ¿Han notado impacto debido a los cambios en las políticas sociales, económicas y en la planificación de la política criminal?

No lo señalaron específicamente, pero ya se abordó la dimensión de vulnerabilidad social como un obstáculo a subsanar.

5.3.3. Palabras finales

Como primera reflexión se destaca que el Área de Mediación es un programa emplazado en una comunidad que posee una conflictividad de relevancia, teniendo en cuenta que se trata de una zona del conurbano bonaerense muy populosa. Asimismo, está dotado de condiciones edilicias que permiten trabajar preservando la confidencialidad y de profesionales con un gran potencial humano para abordar casos de adolescentes imputados de la comisión de delitos de entidad.

Resulta de especial relevancia el camino transitado que comenzó hace cinco años, con la formación de operadores por parte de un académico especializado en justicia restaurativa como es Raúl Calvo Soler y la voluntad del Ministerio Público Fiscal de crear un programa de estas características. Las profesionales entendieron que la existencia del Área es un aspecto positivo en sí mismo y que la experiencia acumulada permite pensar también en los aspectos a profundizar y continuar mejorando. La implementación inicial del Proyecto Piloto, permitió además una articulación muy auspiciosa con el Municipio de San Martín y sus recursos de política pública disponible.

También se destaca que la Provincia de Buenos Aires cuenta con herramientas normativas procesales que permiten avanzar hacia la implementación de respuestas restaurativas, lo que debería impactar en la transformación de las prácticas. El sistema acusatorio brinda a los Fiscales la potestad de disponer de la acción y la pertenencia institucional del Área de Mediación dentro de la Fiscalía General ha permitido un diálogo constante con dichos magistrados, sin perjuicio de la necesidad de continuar con la difusión de los aspectos positivos de implementar la justicia restaurativa y ampliar el tipo y número de casos.

Incrementar la formación en materia de justicia restaurativa de los operadores judiciales ha resultado un desafío, ya que los Fiscales aún derivan pocas causas o remiten preponderantemente aquellas susceptibles de ser archivadas. Sin la derivación de la Fiscalía de un caso, el Área no tiene facultades para intervenir de manera autónoma. Así, según se desprende de la entrevista, los magistrados del Ministerio Público Fiscal, todavía poseen una impronta de trabajo arraigada en la justicia retributiva y ven con poca confianza la eficacia de los mecanismos restaurativos para la resolución de conflictos más complejos. Por otra parte, se señaló que todos los operadores del sistema manifiestan sentir una fuerte presión de la demanda social de mayor castigo a los jóvenes que cometen delitos.

Se desprende de lo conversado que resulta indispensable acompañar la tarea del Área con una articulación fluida con el Sistema de Protección Integral de Derechos y que este a su vez, se vea fortalecido y dotado de recursos, programas y presupuesto para garantizar el acceso a derechos de niños, niñas y adolescentes. La aplicación del derecho

penal escindido de la vulnerabilidad social no solo afecta gravemente su adecuado desarrollo, sino también hace fracasar el abordaje de los conflictos y la reparación de los lazos sociales.

Finalmente, se identifica como un desafío la asignación de profesionales y empleados al programa. A la fecha de la presente entrevista, el Área prácticamente contaba con una sola profesional y ello hacía dificultoso el despliegue de todo su potencial.

En síntesis, nos encontramos frente a tiempos de demanda social de mayor punición y castigo hacia las personas menores de edad. Ante ello, la falta de asignación de recursos y presupuestos a los programas de justicia restaurativa, no hace más que llevarnos a la conclusión de que se brinda prioridad a la continuidad de un modelo de justicia que no conforma a nadie y contradice los estándares de derechos humanos y normativos en la materia. Como propuesta, debe rescatarse aquellas acciones que las propias profesionales entendieron conducentes: la formación en justicia restaurativa de los operadores, la asignación de un empleado administrativo y de al menos dos profesionales especializados. Estas propuestas, no parecen suponer acciones irrealizables, sino más bien un cambio de paradigma y revisión de la propia práctica. En definitiva, explorar mejores respuestas para los adolescentes, los damnificados y la sociedad en su conjunto.

5.4. UNIDAD DE ATENCIÓN EN CONFLICTOS JUVENILES (UACJ) DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE LA PLATA

5.4.1. Contexto

La información volcada en el presente cuestionario fue directamente consignada por integrantes de la Unidad de Atención en Conflictos Juveniles y remitida por correo electrónico.

- **Datos sobre ubicación geográfica en la que opera el programa**

La Ciudad de La Plata se encuentra ubicada aproximadamente a 60 km de la Ciudad de Buenos Aires. Es la capital de la Provincia de Buenos Aires y la cuarta ciudad más poblada del país luego de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza. Asimismo, el Gran la Plata es el sexto conglomerado urbano del país en cuanto a densidad poblacional.

- **Datos sobre cantidad de población**

Según las estadísticas del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Municipio posee una población de 703.504 habitantes.⁷⁹ Sin embargo, el Departamento Judicial incluye los municipios de Berisso, Brandsen, Cañuelas, Ensenada, General Paz, La Plata, Lobos, Magdalena, Monte, Presidente Perón, Punta Indio, Roque Pérez, Saladillo y San Vicente.⁸⁰

⁷⁹ Conforme se desprende de la proyección estadística realizada por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Municipio de La Plata tendría al 2018 la cantidad de habitantes mencionada. Disponible en: http://www.estadistica.ec.gba.gov.ar/dpe/images/Proyecciones_x_municipio_2010-2025.pdf, p.10

⁸⁰ <http://www.scba.gov.ar/guia/mapadepptos.asp?depto=La%20Plata>

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Dicho departamento judicial suma una población total de 1.160.614 representando el 7,4 % de la Provincia de Buenos Aires.⁸¹

- **Datos sobre cantidad de investigaciones penales preparatorias iniciadas durante el 2018**

Conforme surge de las estadísticas del Ministerio Público Fiscal, la cantidad de Investigaciones Penales Preparatorias (IPP) en el Fuero Penal de adultos iniciadas durante el 2018 fue de 67.829, lo que representa un 8% del total de la Provincia de Buenos Aires.⁸²

- **Datos sobre cantidad de investigaciones penales preparatorias iniciadas durante el 2018 en el fuero penal juvenil**

En el mismo sentido, de las estadísticas del Ministerio Público Fiscal, se desprende que se iniciaron durante el 2018, 2.382 IPP, que representa el 9,2% del total de IPP iniciadas en el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires.⁸³ Teniendo presente estos datos, la cantidad de IPP en el Fuero Penal Juvenil representaría el 3.5 % del número de IPP del sistema de adultos.

5.4.2. Sobre la Unidad de Atención en Conflictos Juveniles

- **Pertenencia institucional**

El dispositivo se denomina Unidad de Atención en Conflictos Juveniles (UACJ). Se trata de un servicio gratuito que se ofrece desde la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. La iniciativa partió de la Fundación Acción Restaurativa⁸⁴, a través de diversas actividades dirigidas a estudiantes, graduados y operadores comunitarios, enfocados en la facilitación restaurativa de conflictos juveniles (Paz y Paz, 2018: 1).

- **Espacio físico**

Se desarrolla en la sala de reuniones de la Secretaría de Extensión de la Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP calle 48 entre 6 y 7 Edificio de la Reforma piso 1. Se destaca la trascendencia de brindar un contexto adecuado, fuera de los ámbitos de control social; un espacio diferenciado en un ámbito educativo para los/las jóvenes (Paz y Paz, 2018: 4).

- **Población que abarca el programa/tipo de intervención según franja etaria**

⁸¹ <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Superficie%202011.pdf>

⁸² <https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPP%20FCC%202018.pdf>.

⁸³ <https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPP%20FRPJ%202018.pdf>

⁸⁴ www.accionrestaurativa.com.ar

La Unidad trabaja con adolescentes punibles, niños/as no punibles y jóvenes hasta 25 años de edad.

- **Marco jurídico y herramientas procesales**

El dispositivo refiere como marco jurídico-conceptual el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), -en particular el art. 40.3.b- y los estándares expresados en las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad. Asimismo, se indica la trascendencia de la sanción de las leyes provinciales N°13.634 y N°13.298. En ese marco se trabaja a partir de la remisión, aplicación del principio de oportunidad y para cumplimiento de “*probation*” en la UACJ (Paz y Paz, 2018: 4-5).

- **Tipo de mecanismo/herramienta restaurativa utilizada**

La UACJ utiliza diferentes herramientas de justicia restaurativa. La primordial, es la “facilitación restaurativa”. Entendida como una herramienta esencial de la justicia Restauradora, la facilitación restauradora, la facilitación restaurativa “se propone como ‘estrategia superadora’ de la clásica idea de ‘programa de mediación o servicio especializado’, puesto que tiene el potencial necesario para contribuir al avance en el desarrollo de actitudes individuales responsables y en la recomposición de las interacciones sociales, tanto a nivel individual como colectivo, en aquellos conflictos que se propone resolver” (Paz y Paz, 2018: 3). Se indica que buscar resultados restaurativos implica: responsabilización; reintegración y restauración. De acuerdo al caso se podrá recurrir a los círculos y a los encuentros restaurativos víctima ofensor.

- **Etapa procesal en la que se puede derivar el caso a la Unidad**

No hay limitaciones.

- **Tipos de delito que pueden ser derivados a la Unidad**

Se informó que se son incluidos todos los delitos. Asimismo, se agregó que usualmente los jóvenes tienen mayor incidencia en delitos de hurto, robo, en todas sus formas, lesiones, amenazas, estragos, incendios, tentativas, homicidios culposos y tentativas de homicidio.

- **Cantidad de casos trabajados durante el 2018**

VARONES PUNIBLES: En el período 2018. En el PROGRAMA MAS SEGURO DE MI desarrollado en la cárcel: 60 jóvenes -lo que representa el 15% de la población privada de libertad en ese establecimiento-. En casos derivados 40 casos del fuero RPJ.

MUJERES PUNIBLES: 2

VARONES NO PUNIBLES: 8

MUJERES NO PUNIBLES: –

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

- **Conformación del equipo de intervención**

El equipo de la UACJ, está integrada por un equipo interdisciplinario de facilitadores restaurativos; Abogadas, Licenciadas en Psicología, Profesoras, Lic. en Trabajo Social: Licenciada en Diseño y Comunicación, Acompañante Terapéutico, Músico, Jóvenes egresados de la UACJ.

- **Articulación con el sistema de protección**

Se indicó que “A partir de la apertura de un canal comunicacional facilitado, la Unidad de Atención en Conflictos Juveniles trabaja con un efecto preventivo (especial) al poner el acento no sólo en el hecho grave pasado, sino también en el establecimiento de compromisos para el futuro y, por lo tanto, genera mayores posibilidades de mejorar la convivencia ciudadana y de disminuir la reiteración de conductas violentas. La CDN marca claramente tres líneas directrices: 1. La protección 2. la participación 3. la prevención. Sin perjuicio de que los niños y jóvenes deben ser protegidos, fundamentalmente el problema o su escalamiento deben prevenirse, comprometiéndose para el cumplimiento de ambos la participación social. Empoderar y facilitar también la función de los grupos responsables de la protección integral -la familia, la sociedad y el Estado- se transforma en una función más de la UACJ; visibilizar cómo registran la manera en que pueden acompañar, o no, el proceso evolutivo de los jóvenes al facilitar, o no, su reconocimiento e identidad. Es por eso que, en cumplimiento de los paradigmas de la CDN, trabajamos la red social; también como programa de justicia restauradora, es decir, se pretende superar la red de entrelazamiento de servicios (Paz y Paz, 2018: 5-6).

- **¿Cuál es la modalidad de abordaje en torno a la responsabilización de los/las adolescentes?**

La modalidad de abordaje es restaurativa. De base dialógica, basada en una buena remisión de casos por parte de los efectores judiciales y de las escuelas. Posteriormente el equipo toma contacto con las actuaciones en copias, uno o más cuerpos. Se interioriza del caso y comienza un periodo de entre 6 y 8 meses que desarrolla el programa de facilitación de la comunicación, con víctima, ofensor, referentes claves trabajo en comunidad con clubes escuelas, servicios de salud. Se trabaja por equipos de base horizontal y responsabilidad compartida. No hay portavoz.

- **¿Es necesaria la participación de los padres? ¿Explique en qué medida deben prestar consentimiento sobre el acuerdo para que éste sea válido?**

Al ser personas menores de edad, a la iniciación del programa, los jóvenes vienen acompañados por su referente parental, a partir de allí no será necesario su presencia, salvo que sean convocados por alguna situación en función del conflicto.

- **¿Se asigna abogado/a defensor/a al adolescente durante su participación en el programa?**

Depende, si la defensoría oficial quiere sumarse al trabajo colaborativo lo hace como un miembro más del equipo no como defensor judicial, porque este programa no se maneja con esa lógica.

- **¿Cómo se garantiza la confidencialidad para que la asunción de responsabilidad del/a adolescente no sea luego utilizada luego en el proceso?**

Al momento del inicio del programa donde el joven da su consentimiento informado, se consensua la confidencialidad de lo manifestado no teniendo acceso en ninguna instancia los operadores de la administración de justicia ni del ministerio público.

- **¿Cómo es la modalidad de abordaje del/a damnificado/a?**

La modalidad de abordaje es restaurativa. Se garantiza a la víctima primero seguridad y contención luego a medida que ella lo requiriera se irán sumando encuadres referidos a la responsabilidad, en cuanto a si hubo o no contribución en el hecho delictivo, reparación y reintegración esperamos que ella egrese del proceso de la mejor manera, igual que el agresor.

- **¿Se puede participar sin que exista un/a damnificado/a identificable o en caso de que la persona ofendida no preste su conformidad?**

Debe haber una víctima, es posible que no participe, pero debe haber un bien jurídico dañado para que se inicie el proceso.

- **¿Cuál es el plazo aproximado entre que el caso ingresa al sistema penal y finaliza el proceso en el marco de la Unidad?**

El tiempo estipulado varía de acuerdo al momento de la derivación y al estado procesal. Entre 6 y 8 meses.

- **¿Se cuenta con estadísticas de reincidencia?**

Se llevan registros internos, los jóvenes con los que se trabajó no han reiterado situaciones delictivas.

- **¿Cuáles son las principales resistencias con las que se encontraron para la implementación del programa?**

Desconocimiento de la Justicia Restaurativa, y por ende la confusión con programas de mediación que lamentablemente no es bien concebido dentro de la estructura judicial

- **¿Han notado impactos debido a los cambios en las políticas sociales, económicas y/o planificación de la política criminal?**

Depende del contexto, en jóvenes privados de libertad, que se trabaja en círculos, son pobres estructurales. Pertenecen al conurbano y tienen escasos recursos y redes. Los no privados de libertad, son de clases medias, bajas y altas en proporción similar, va más

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

desde la trasgresión por conducta anti social. En estos grupos hay mayor agresión que hace cinco años.

- ¿Qué tipo de acuerdo se celebran?

Depende de cada caso pueden variar los compromisos, al no ser un programa de mediación no se hacen acuerdo sino se asumen compromisos, por ejemplo, leer un libro que tenga que ver con la temática, pero no suele ser una sola actividad.

- ¿Cuál es el plazo promedio de duración de las medidas que se surgen del acuerdo?

Entre 6 y 8 meses

- ¿Cuál es el porcentaje de cumplimiento de los acuerdos?

Alto entre el 90 y 95%

- ¿Qué ocurre frente al incumplimiento?

Se refinancia el programa, es esperable que los adolescentes y jóvenes, tengan que reformular más de una vez el acuerdo porque se basa en conductas nuevas que cuestan asumir o presentan dificultades, pero una vez comprendidas y asumida las nuevas legalidades se estabilizan y hay alto nivel de aplicabilidad desde ellos. Plazo promedio 6 meses. La asunción de compromisos es total y ante incumplimiento se retoma para los ajustes pertinentes.

5.4.3. Palabras finales

No resulta sencillo extraer conclusiones respecto de este programa debido a que la entrevista no resultó presencial y no se concurrió a conocer la experiencia en territorio. Sin embargo, cabe señalar la reconocida trayectoria de la experiencia que ha sido sostenida por valiosos profesionales con vasta experiencia académica y de implementación en justicia restaurativa.

Cabe llamar la atención respecto de la incorporación de adolescentes no punibles en la Unidad, reparos que ya fueron analizados en otras experiencias analizadas dentro del presente trabajo. Se destaca, en cambio la inserción comunitaria de la Unidad y el trabajo en materia de justicia restaurativa en contexto de encierro.

Para concluir, se entiende destacable la sostenibilidad en el tiempo del programa, formando valiosos profesionales a través de las constantes tareas de capacitación que se realizan desde la Fundación, la cual además tiene una incidencia en foros de discusión, intercambio de experiencias y debates públicos de incidencia, tales como el proceso de reforma de la ley penal juvenil.

6. ENTREVISTAS A OPERADORES JUDICIALES DEL FUERO ORDINARIO DE MENORES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

6.1 Entrevista realizada al Dr. Togni, Fiscal de Menores a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia N°6 de Menores (Ministerio Público Fiscal de la Nación)

La presente entrevista se realizó mediante comunicación con el Sr. Fiscal y posteriormente se remitió lo plasmado para su validación.

A su entender:

- ¿El término Justicia Restaurativa y sus principios, se encuentran suficientemente difundidos en la justicia penal para adolescentes en el ámbito de su competencia?

Entiende que el término justicia restaurativa ha cobrado gran difusión en el presente y que el concepto se empieza a instaurar entre los operadores de la Justicia Nacional de Menores.

El próximo paso será que dichos operadores comiencen a implementar prácticas restaurativas en casos concretos, lo cual de momento se ve parcialmente obstaculizado por la falta de un marco normativo que otorgue herramientas claras para implementar las nuevas prácticas que supone ello.

- ¿Se podrían utilizar mecanismos de Justicia Restaurativa teniendo en cuenta el marco normativo internacional y el art. 59 inc. 6 del Código Penal de la Nación?

Existieron antecedentes en los Tribunales Orales de Menores respecto de la aplicación directa de la CDN, buscando soluciones alternativas más específicas para la justicia penal juvenil. Sin embargo, no se ha extendido.

En referencia al segundo punto, señaló que la jurisprudencia es contradictoria y mayormente contraria -en la Cámara Nacional de Casación Penal- en cuanto a la operatividad de la causal de extinción de la acción penal prevista en el art. 59 inc. 6 del C.P.N. A su entender, se requiere de una norma procesal que lo reglamente y la que lo hacía en el "nuevo" Código Procesal no entró en vigencia al suspender el PEN su implementación que reglamentaba -como reflejo del art.59 CP- la aplicación del principio de oportunidad, conciliación y reparación integral.

Sin perjuicio de ello existen varios antecedentes en la Justicia Nacional de Menores donde se utilizó la conciliación (art.59 inc.6 del C.P.) para extinguir la acción penal (principalmente en casos de intimidación pública, amenazas de bomba en colegios, donde se trabajó con los alumnos concientizándolos sobre las consecuencias de dichas acciones).

- ¿Cuál ha sido su experiencia en materia de Justicia Restaurativa para Adolescentes?

En su caso particular, viene trabajando con la Dirección Nacional de Mediación y Métodos participativos de Resolución de Conflictos, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

de la Nación, procurando se comiencen a implementar prácticas restaurativas a casos concretos con la participación de mediadores de dicha Dirección.

En procura de ello se efectuaron varias reuniones en las que participaron varios fiscales del fuero, secretarios de juzgados de menores, defensores oficiales -técnicos-, personal de la Dirección de Mediación, funcionarios del Consejo de Derechos del Niño y defensores de menores. Entre todos hubo acuerdo en la necesidad de comenzar a implementar prácticas restaurativas y se remitieron algunos casos a esa Dirección para que –mediando entre el joven imputado y la víctima- procure atender al conflicto.

Estos casos derivados podrían dividirse en dos grupos. Los de menores punibles (mayores de 16 años), en cuyo caso de existir un acuerdo a través del proceso de mediación, la situación del adolescente podría resolverse de manera definitiva en los términos del art. 59 inc.6. Ello, sin perjuicio de que no todos los jueces de menores concuerdan en su operatividad, por lo que la situación no es unánime. Respecto de los jóvenes no punibles (menores a 16 años), la derivación al proceso de mediación se incluiría dentro de la resolución que sobresee en virtud del art. 336 inc.5, remitiendo el caso para intentar resolver el conflicto ya desjudicializado. Este segundo supuesto fue objeto de numerosas críticas, no obstante, el Fiscal opina que más allá de que el joven sea no punible, ello no quita que tenga derecho a medidas socioeducativas –no judiciales- que lo ayuden antes de cumplir la edad en que comience a ser punible, a no tener conflictos con la ley penal.

Respecto de la suspensión del juicio a prueba refirió las dificultades puntuales que existen. Indicó que existen limitaciones técnico-legislativas y jurisprudenciales que restringen o dificultan su aceptación por parte de la defensa para su aplicación a casos de personas menores de edad.

En tal sentido, señaló que las disposiciones del art. 76 ter del Código Penal desalientan su utilización, ya que sólo permite el otorgamiento de una nueva suspensión del juicio a prueba luego de 8 años y, asimismo, impone la aplicación de pena efectiva en caso de revocación por un nuevo delito (claramente inaplicable en menores). Manifestó que los defensores en ocasiones prefieren no solicitar dicho beneficio por resguardo de sus defendidos/as, que podrían no contar luego con esta opción una vez cumplida la mayoría de edad en caso de volver a cometer un delito. Señaló que en su caso participó casi exclusivamente en audiencias de suspensión del juicio a prueba por lesiones cometidas en el marco de accidentes de tránsito.

Agregó que en el marco de la causa O., A G⁸⁵la entonces Procuradora General de la Nación dictaminó que el plazo de 8 años por el cual se veda la posibilidad de utilizar nuevamente dicho instituto, obedecía a una interpretación formal que transgredía los especiales objetivos que la Convención sobre los Derechos del Niño reclama respecto de

⁸⁵ Dictamen O., A. G. s/ causa n° 16.150 del 27 de marzo de 2015 (O, 33, L Fdo: Alejandra Gils Carbó, el 27/03/2015).

Disponible en: https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2015/03/O_33_L_50_O.pdf. Última consulta: marzo de 2019.

las niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no abordó el caso en virtud de lo dispuesto por el art. 280 del C.P.C.C.N.

En referencia a la conciliación y la reparación integral, señaló que la jurisprudencia es reticente a otorgarle operatividad a la disposición regulada en el art. 59 inc. 6 del C.P.N., a lo que ya se hizo referencia. Indicó que, en el caso de personas menores de edad, se utilizaron dichos institutos para casos delitos de intimidación pública por amenazas en establecimientos educativos.

Por último, destacó que la mayoría de los delitos que resultan especialmente adecuados para soluciones alternativas que contemplen prácticas restaurativas, fueron transferidos a la Justicia Contravencional, y los jóvenes resultan no punibles por lo cual se atiende en mayor medida a la desvinculación inmediata del proceso –sobreseimiento- que a atender el conflicto y a prácticas socioeducativas.

- **¿Qué obstáculos observa en su práctica habitual que impiden la implementación de estos estándares internacional en materia de Justicia Restaurativa?**

El principal obstáculo señalado fue la falta de marco normativo adecuado, lo cual desalienta a muchos operadores que –con un concepto más restrictivo- no consideran adecuado avanzar en prácticas no legisladas; o legisladas para mayores y parcialmente incompatibles con las personas menores de edad. Recordó que la República Argentina no cuenta con una ley penal juvenil acorde a los estándares internacionales de derechos humanos y que ello ha sido incluso motivo de responsabilidad internacional conforme lo resuelto en el Fallo “Mendoza”⁸⁶ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, respecto de la suspensión del juicio a prueba, ya se señaló la reticencia de los defensores en solicitar su aplicación para adolescentes; en relación a la conciliación y reparación integral también ya fue explicada la posición jurisprudencial que dispone su falta de operatividad. En lo referido a la aplicación del instituto de la remisión, el principio de oportunidad no está previsto y su aplicación es inviable, según entendió. Podría interpretarse que la remisión del caso a la Dirección de Mediación respecto de adolescentes no punibles podría ser una expresión de ella, pero existe oposición a que se someta (invite, en realidad) a los menores de 16 años a ese proceso voluntario.

También remarcó las dificultades que presenta el sistema –cuyos órganos administrativos carecen de recursos- para colaborar en la implementación de prácticas restaurativas. El problema se presenta especialmente en casos límites: adolescentes que han sido aprehendidos repetidas veces, adolescentes con alta vulnerabilidad social; casos de niños con consumo problemático de sustancias. En estos supuestos resulta necesaria una intervención Estatal para la restitución de derechos básicos y mínimos como presupuesto para la justicia restaurativa. Ello ya que la alta vulnerabilidad requiere –para que exista un espacio de reflexión que permita prácticas restaurativas- que se atiendan en forma paralela las necesidades primarias básicas, las cuales no se encuentran satisfechas en los jóvenes en estado de indigencia, analfabetos, sin documentos de identidad, con

⁸⁶ Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina, 14/05/2013.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

problemas de consumo conflictivo, etc.; casos en los cuales ello es presupuesto necesario para poder encarar un proceso restaurativo que exige voluntariedad y compromiso, imposible de sostener ante la falta de acceso a recursos básicos. En los delitos graves – en los cuales si bien quizás no operen como causal de extinción-, si podrían gravitar para una eventual atenuación de la pena.

- ¿Considera que los artículos 22, 30, 31, 33, 34 Y 251 del nuevo Código Procesal serán herramientas valiosas para mejorar la justicia juvenil?

Entendió que sin duda y que toda nueva regulación constituirá un avance en la implementación de los métodos participativos de solución de conflictos. Agregó en tal sentido, que la falta de reglas claras constituye el principal obstáculo para avanzar en la implementación de estas respuestas.

- ¿Qué propuestas legislativas, administrativas, de capacitación, de articulación u otras realizaría para la mejora de la justicia juvenil?

A su entender, la sanción de una nueva ley penal juvenil resulta imprescindible y además constituye una deuda pendiente que ha sido señalada por los organismos internacionales de derechos humanos en el Fallo “Mendoza”, ya citado.

En segundo lugar, señaló que eventualmente de no concretarse la reforma integral, podrían llevarse adelante pequeñas modificaciones normativas que permitirían avances concretos.

6.2. Entrevista realizada al Dr. Gustavo Fernández, Defensor Público Oficial con competencia en el Fuero de Menores, a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Criminal y Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional No 3 (Ministerio Público de la Defensa de la Nación).

La presente entrevista se realizó mediante la remisión del cuestionario el cual fue respondido por escrito por el Dr. Fernández.

A su entender:

- ¿El término Justicia Restaurativa y sus principios, se encuentran suficientemente difundidos en la justicia penal para adolescentes en el ámbito de su competencia?

En el ámbito de la Justicia Nacional, la justicia restaurativa aplicada al derecho penal ha comenzado a tener aceptación recién durante el año 2018. La realidad es que no se aplicaban criterios restaurativos dado que los jueces no aceptaban la aplicación del art. 59 inc. 6° del Código Penal por su falta de reglamentación. Por tal motivo, incluso para muchos operadores judiciales, la posibilidad de acceder a acuerdos conciliatorios era desconocida, no utilizándose dicha herramienta (siempre hablando en el caso de menores punibles para la ley). Fue entonces en el año 2018 cuando se comenzó un trabajo de diálogo con los jueces y los fiscales del fuero para tratar de generar consenso, explicando la conveniencia del caso y dialogando sobre la jurisprudencia que algunos

Tribunales Orales aceptaban la reparación integral como causal de extinción de la acción penal. Luego, en un caso que utilizamos como primer parámetro, se generó la conciliación, se presentó el acuerdo y, con la vista fiscal positiva obtuvimos el primer fallo que nos abrió las puertas para seguir trabajando, ya con gran éxito, en el mismo y en otros juzgados de menores.

- **¿Se podrían utilizar mecanismos de Justicia Restaurativa teniendo en cuenta el marco normativo internacional y el art. 59 inc. 6 del Código Penal de la Nación?**

Bueno, justamente a eso hice referencia en la pregunta anterior. Entiendo que, por el momento la utilidad de utilizar los parámetros de la justicia restaurativa tiene en miras la extinción de la acción penal a partir de la aplicación del art. 59 inc. 6 del Código de fondo. Hasta el momento no se han aplicado soluciones restaurativas por fuera del proceso penal o con un objetivo distinto. Entiendo que, en el futuro y con mayores recursos humanos y mayor estructura y apoyo institucional, todas las personas involucradas en una causa penal deberían tener la posibilidad de acceder a diálogos restaurativos para generar conciencia de lo sucedido y, así, actuar preventivamente respecto de hechos futuros. Creo que es un tema que merece un debate más amplio y de una sociedad que adopta el sistema como algo habitual, reconociendo su utilidad y practicidad.

- **¿Cuál ha sido su experiencia en materia de Justicia Restaurativa para Adolescentes?**

La experiencia ha sido absolutamente positiva, tanto desde el lado del denunciante, que muchas veces tiene un interés distinto al de que aquel que lo damnificó sea condenado. Del mismo modo, el imputado tiene la oportunidad de escuchar de primera mano lo sufrido por el primero y así tomar dimensión de su acto (que muchas veces, en el caso de los adolescentes, no siempre se razona, previo al acto, sobre sus consecuencias dañosas ni sobre el impacto que tendrá sobre su propia vida el tránsito por un proceso penal). En mi experiencia personal, siempre que la víctima acepta participar del dialogo se ha logrado arribar a buen término en el acuerdo y la satisfacción de los involucrados con el resultado final resulta evidente y, demás está decir, gratificante.

- **¿Qué obstáculos observa en su práctica habitual que impiden la implementación de estos estándares internacional en materia de Justicia Restaurativa?**

Por el momento, la falta de regulación de lo normado en el artículo que venimos citando vuelve reticentes a algunos jueces y fiscales, prefiriendo resolver el caso por la vía de institutos regulados como la "*probation*", en lugar de acceder a la conciliación. Por supuesto que la conveniencia entre un caso y otro es notoria, ya que en el caso de la extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del daño no quedan antecedentes penales. En el caso de menores de edad, entiendo que esto es fundamental, ya que el menor que suele cometer un primer delito debe tener la oportunidad de comenzar su vida adulta sin una carga tal. Siguiendo ese lineamiento, en el caso de los menores con varias causas, delitos graves o en aquellos donde ha habido violencia hacia el damnificado, tanto fiscales como jueces expresan su negativa a aplicar criterios de justicia restaurativa que deriven en la extinción de la acción. En definitiva, los

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

obstáculos principales que observo en la práctica diaria son: la falta de regulación y la reticencia de los operadores judiciales. Entiendo que regular claramente los parámetros de selección de casos, así como los modos de abordaje terminaría de hacer caer las barreras de Jueces y Fiscales que aún muestran sus objeciones en relación a la materia.

- ¿Considera que los artículos 22, 30, 31, 33, 34 Y 251 del nuevo Código Procesal serán herramientas valiosas para mejorar la justicia juvenil?

Sin ninguna duda. Como dije en el caso de la respuesta anterior, no solo sería valioso, sino que los operadores que hoy se niegan a aplicar estos criterios “por falta de regulación” ya no tendrían argumentos para negarse. Una vez que comiencen a aplicarse asiduamente estas herramientas, al punto de convertirlas en una práctica habitual, sus buenos resultados terminarían de convencer a los escépticos.

- ¿Qué propuestas legislativas, administrativas, de capacitación, de articulación u otras realizaría para la mejora de la justicia juvenil?

Creo que debemos propender hacia sistemas de justicia que, institucionalmente, estén preparados para resolver integralmente el conflicto. La presencia de un facilitador de diálogo en cada oficina (defensoría, fiscalía y juzgado), como así también la disponibilidad de psicólogos (principalmente para tratar temas sensibles) agilizarían la articulación del mecanismo, máxime si la posibilidad de acceder a sus beneficios se les propone a los interesados desde el primer momento en que se inicia el proceso penal, generándose así un mayor conocimiento y difusión a la sociedad en relación a la temática propuesta.

6.3. Entrevista realizada a la Dra. Giselle Saunier Rébori, a cargo de la Secretaría N°2 del Juzgado de Menores N°1 (Poder Judicial de la Nación).

La presente entrevista se realizó en forma presencial a la Dra. Saunier en su despacho.

A su entender:

- ¿El término Justicia Restaurativa y sus principios, se encuentran suficientemente difundidos en la justicia penal para adolescentes en el ámbito de su competencia?

Entendió que sería muy propicio brindar mayor difusión sobre la justicia restaurativa, ya que el Fuero de Menores ha sido históricamente muy conservador y tratado como un ámbito de menor relevancia en el marco del derecho penal. Mencionó que en otros tiempos algunos operadores eran asignados a este fuero a modo de sanción o castigo. Expresó que al momento de la entrevista se estaban designando nuevos magistrados, por lo que tenía esperanza que el recambio generacional trajera nuevos aires y miradas acordes a los estándares internacionales.

- ¿Se podrían utilizar mecanismos de Justicia Restaurativa teniendo en cuenta el marco normativo internacional y el art. 59 inc. 6 del Código Penal de la Nación?

A su entender era perfectamente posible utilizar los estándares internacionales y el art. 59 inc. 6º del Código Penal. Incluso entendió que no sería imprescindible la reforma de la ley penal juvenil para avanzar en este sentido. Sin embargo, informó que no han existido planteos de las partes (Fiscalías o Defensorías) invocando dicho marco normativo o solicitando se aplique el mencionado artículo, lo que respondería a que en las prácticas judiciales del Fuero existe poca innovación. Cabe agregar que, según su opinión, los mecanismos de justicia restaurativa también podrían ser una posible respuesta para los adolescentes no punibles en función de la edad.

- **¿Cuál ha sido su experiencia en materia de Justicia Restaurativa para Adolescentes?**

En el marco de la Secretaría a su cargo hubo algunos intentos aislados de implementar soluciones restaurativas (en casos de intimidación pública o hurtos leves). En dichos supuestos se entendían estaban dadas las condiciones para este abordaje, pero finalmente los defensores no realizaron propuesta o petición alguna.

En referencia a las víctimas, respondió que la respuesta varía según el grado de violencia que percibió la persona damnificada. Sin embargo, expresó que, según su experiencia, muchas personas aceptarían participar de un mecanismo restaurativo ya que no tienen intención de causar más aflicciones a adolescentes vulnerables.

- **¿Qué obstáculos observa en su práctica habitual que impiden la implementación de estos estándares internacional en materia de Justicia Restaurativa?**

Mencionó como obstáculo las prácticas instaladas, la falta de capacitación de los operadores judiciales, la necesidad de contar con magistrados formados en los estándares internacionales y nuevos actores que puedan realizar planteos novedosos.

Otro aspecto central mencionado fue la falta de política pública que acompañe el acceso a derechos de los adolescentes. Hizo mención a que actualmente el 98% de los adolescentes detenidos no son privados de libertad y que, sin embargo, no se brinda ninguna respuesta desde la política pública que aborde las diversas vulnerabilidades de los jóvenes. En tal sentido, refirió que han existido tensiones de larga data entre los organismos de la Ciudad de Buenos Aires y el Poder Judicial de la Nación que dificultan la articulación y el diálogo. A la vez, los órganos judiciales rara vez tienen acabado conocimiento de los recursos disponibles o de las estructuras organizativas de la administración.

Se consultó la suerte de la causa judicial en el caso de que no se ordene la privación de libertad al adolescente. Se informó al respecto que, en el caso de no punibles, se sobresee al adolescente y se archiva la causa. En el caso de los adolescentes punibles, a pesar de otorgarse la libertad, se continúa con la investigación y se eleva la causa a los Tribunales Orales de Menores en un plazo promedio de 2 a 3 meses. Según su conocimiento, allí se daba prioridad a las causas que poseen detenidos y rara vez se llegaba a juicio, prescribiendo las actuaciones, ordenándose una suspensión de juicio a prueba o firmándose un juicio abreviado.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

- ¿Considera que los artículos 22, 30, 31, 33, 34 Y 251 del nuevo Código Procesal serán herramientas valiosas para mejorar la justicia juvenil?

Entendió que serán una herramienta muy valiosa una vez que finalice la entrada en vigor del nuevo Código Procesal. También indicó que en el ámbito del Poder Judicial de la Nación cuentan con el Programa de Intervenciones Socio-Jurídicas que poseen equipos interdisciplinarios adscriptos a los Juzgados de Menores y que podrían ser un recurso valioso para la implementación de estrategias sociales.

- ¿Qué propuestas legislativas, administrativas, de capacitación, de articulación u otras realizaría para la mejora de la justicia juvenil?

Ya se mencionó en los puntos anteriores. Entre las propuestas realizadas mencionó: la difusión de la justicia restaurativa, la capacitación de los operadores judiciales para impulsar nuevas prácticas, la creación y fortalecimiento de herramientas de política pública necesarias para dar seguimiento a las medidas adoptadas y que efectivamente se opere sobre la subjetividad de los adolescentes a fin de que no continúen cometiendo conductas disvaliosas.

La aplicación del art. 59 inc. 6 del Código de fondo. Hasta el momento no se han aplicado soluciones restaurativas por fuera del proceso penal o con un objetivo distinto. Entendió que, en el futuro y con mayores recursos humanos y mayor estructura y apoyo institucional, todas las personas involucradas en una causa penal deberían tener la posibilidad de acceder a diálogos restaurativos para generar conciencia de lo sucedido y, así, actuar preventivamente respecto de hechos futuros. Creo que es un tema que merece un debate más amplio y de una sociedad que adopta el sistema como algo habitual, reconociendo su utilidad y practicidad.

7. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se sostuvo que para que el sistema de justicia penal para adolescentes se encuentre en consonancia con los estándares de derechos humanos que surgen de la Convención sobre Derechos del Niño, su enfoque debe ser restaurativo. Luego, se esbozaron las características y elementos de la justicia restaurativa a fin de conocer acabadamente este enfoque. En un tercer lugar, se analizaron experiencias concretas, su trabajo en territorio, sus distintas pertenencias institucionales, trayectorias, abordajes e integraciones profesionales. En cuarto lugar, se entrevistaron magistrados y funcionarios del Fuero de Menores del Poder Judicial de la Nación con competencia en la Ciudad de Buenos Aires. Allí también intentaron relevarse cuales eran los obstáculos y desafíos que atraviesan dichos operadores para avanzar en la implementación de las normas internacionales de derechos humanos en forma directa o la disposición prevista en el art. 59 inc. 6 del Código Penal. Ahora bien, como corolario de todo lo hasta aquí desarrollado puede arribarse a algunas reflexiones y comentarios finales.

- Mecanismos restaurativos flexibles, neutrales e independientes

Una primera reflexión radica en que a lo largo de las entrevistas realizadas en las áreas de justicia restaurativa resultó llamativo que, si bien todos los equipos originalmente habían sido formados en el campo de la mediación, hubo gran coincidencia en que no encasillaban sus prácticas en dicha herramienta de manera exclusiva. En tal sentido, los distintos equipos reforzaron la idea de que se utilizan las tácticas o metodología que aporta dicho campo de estudio, pero se asienta cada vez más la idea de un “campo de prácticas con especificidad” (Greco, 2006: 2), cuya lógica o enfoque es la justicia restaurativa. Es decir, se busca acercar a las partes en conflicto, pero se trabaja con flexibilidad a la hora de intervenir en los casos y arribar a acuerdos, se suma a otros actores comunitarios y se aborda la conflictividad con herramientas creativas. En algunos casos mencionaron la celebración de reuniones grupales (conocidos como círculos restaurativos), en otros se realizan lo que se ha denominado conciliación penal facilitada.

Hubo coincidencia también en la posibilidad de trabajar casos sin una víctima identificable, sin denuncia judicial, en distintas etapas del proceso e incluso luego de la sentencia de responsabilidad penal, entre otros ejemplos. Asimismo, se mencionó que no siempre la “carátula del expediente” o la “tipificación penal” refleja acabadamente el conflicto. En estos supuestos se profundiza la escucha y se busca identificar los intereses de los propios protagonistas.

Todos se mostraron entusiastas respecto de los logros obtenidos, los procesos de responsabilización subjetiva de los adolescentes y el alto grado de satisfacción de las personas damnificadas una vez arribado a los acuerdos. En definitiva, las experiencias relevadas demostraron un gran compromiso por parte de los equipos, los profesionales que los integran cuentan con una marcada trayectoria y formación, así como un enorme potencial para abordar mayor cantidad de casos y desafíos.

- **Asignación recursos para la implementación de mecanismos restaurativos**

Se observó como un desafío la falta de asignación de recursos materiales y humanos en los programas de justicia restaurativa. Solo la experiencia de Lomas de Zamora se encontraba dotada de un espacio físico por fuera de oficinas judiciales, con un equipo de 8 personas cuya integración era de diversas formaciones y con roles y funciones claramente asignadas. La dotación de recursos de manera preponderante a las dependencias de justicia tradicional, a las claras da cuenta de la falta de voluntad política en el desarrollo de la solución de controversias desde la perspectiva restaurativa.

Por tanto, una propuesta que este trabajo podría aportar en la planificación de políticas públicas en materia de justicia juvenil, radica en la necesidad de brindar mayor visibilidad a los programas existentes, así como a sus logros y de este modo fortalecer su actuación otorgando recursos materiales y humanos suficientes para ampliar el número de casos a trabajar.

- **Algunas resistencias a remover**

La falta de derivación a los programas de justicia restaurativa existentes y en funcionamiento por parte de los operadores judiciales, se observa como un obstáculo a remover. Se desprende de las entrevistas la escasa implementación directa de los

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

estándares internacionales mencionados en el Capítulo I. A nivel del Fuero de Menores con competencia en la Ciudad de Buenos Aires, un argumento extendido y frecuente radicó en la falta de una ley penal juvenil a nivel nacional y de reglamentación procesal de la disposición del art. 59 inc. 6° del Código Penal.

En el mismo sentido, la pertenencia institucional de los programas ha planteado ciertos desafíos. En el caso de aquellos equipos o programas que pertenecían al ámbito del Ministerio Público Fiscal, se hizo referencia a la resistencia de los Fiscales a la hora de derivar casos, o bien la derivación de causas que habitualmente no ingresarían al sistema penal por su insignificancia, imposibilidad de proceder o el sobreseimiento en función de la edad del imputado. Esto último, indicaría una extensión indebida del control social a través del sistema penal, lo que contradice el principio de mínima intervención propio del sistema de justicia penal para adolescentes.

En el caso de los programas que pertenecen al Ministerio Público de la Defensa, se hizo referencia de la misma forma, a la resistencia de los Fiscales, así como de los Jueces.⁸⁷ Se recabaron opiniones respecto de la desconfianza que poseen los magistrados aludiendo a la posible falta de neutralidad de los equipos o mediadores que pertenecen a un programa de la defensa pública. Entendían que dichos programas no estarían en condiciones de garantizar la imparcialidad por su pertenencia. A mi entender, esta objeción no tiene fundamento si el programa no posee dependencia jerárquica de los defensores y cuenta con adecuada independencia funcional. Cabe destacar que tampoco la totalidad de los defensores se encontrarían comprometidos con la implementación de mecanismos restaurativos, lo que también surgió de las entrevistas.

Ahora bien, más allá de lo esbozado respecto de la pertenencia institucional de cada programa, se percibió todavía la existencia de resistencias de los operadores judiciales en avanzar en la utilización de mecanismos restaurativos. Dicha resistencia, parece tener un fuerte anclaje en la formación de tales operadores en las herramientas tradicionales del derecho penal y procesal penal. La metodología flexible y desburocratizada de la justicia restaurativa parece suponer un problema para abogados formados en dogmática penal, plagada de eufemismos, rigideces y formalismos. En tal sentido se ha expresado que:

“la sistematicidad del uso de medidas alternativas es baja, y para su utilización cobra centralidad la voluntad de los actores intervinientes y las coyunturas particulares que les permiten hacer uso de ellas (la función que tengan dentro del proceso, el enfoque general que oriente las intervenciones jurídico-penales desde las cúpulas de los ministerios públicos, la adecuación cultural en la comunidad, etc.). Más allá de algunas resistencias, no se ha identificado una oposición cerrada a la utilización de este tipo de medidas. De hecho, gozan de un considerable nivel de aceptación, fundamentalmente por parte de los integrantes del fuero de menores o penal juvenil. No obstante, su utilización se acepta casi exclusivamente

⁸⁷ En este sentido, la distinción se efectúa en virtud de las funciones y competencias que poseen los Fiscales o Jueces en el caso de los sistemas tutelares mixtos o acusatorio. Dichas atribuciones varían de conformidad con cada organización provincial. Al respecto ver: Justicia Juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en el Argentina (UNICEF, 2018, 19).

en delitos de menor cuantía. Esto es, salvo algunos casos excepcionales, las medidas alternativas al proceso penal se utilizan casi exclusivamente para delitos leves” (UNICEF, 2018, 24)

Otro de los motivos que se mencionaron en reiteradas ocasiones fue la presión social y de los medios de comunicación, vivenciado esto como una exigencia para la aplicación de penas y medidas de privación de libertad a quien comete un delito, aun cuando se trata de un adolescente y la normativa constitucional requiere que ésta sea la última ratio.

Respecto de estos argumentos surgen algunos planteos críticos que entiendo necesarios. En primer término, se vislumbra una clara incongruencia entre, por un lado, el amplio consenso respecto del fracaso que implica para el cumplimiento de los objetivos del 40.1 de la CDN la aplicación de penas privativas de la libertad. Por el otro, la resistencia a encontrar otras respuestas frente a la infracción a la ley penal.

En segundo lugar, en referencia a la presión social y de los medios de comunicación, es necesario recordar que en el marco del proceso penal tradicional la víctima participa escasamente del proceso y no incide en absoluto respecto de la consecuencia jurídica que deriva de la responsabilidad penal declarada a una persona. Además, se observa una amplia coincidencia en que la mayoría de las causas no llega a juicio y son pocas las condenas aplicadas respecto de la totalidad de las causas iniciadas, reforzando la sensación social “de que nada pasa”. Así, se ha expresado que:

“No obstante, cabe destacar que, 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 ser condenado. Es decir, la mayor parte de los delitos que ingresan a este fuero son delitos relativamente leves. Por lo tanto, es posible inferir que el uso de medidas alternativas podría extenderse” (UNICEF, 2018, 25).

Existen otros fundamentos de peso para animar a los operadores judiciales a la utilización de programas de justicia restaurativa. Entre ellos que el sistema tradicional suele tener una sobrecarga de trabajo que no se condice con la resistencia a derivar casos para un abordaje restaurativo, lo que les permitiría disminuir el caudal de la tarea.

Asimismo, de las entrevistas realizadas también surgió que los plazos en los que los conflictos se resuelven en el marco de un programa de resolución restaurativa de conflictos oscilaban entre 30 días y 6 meses (incluyendo en este último caso un seguimiento de cumplimiento de los acuerdos). Un proceso tradicional termina con un pronto sobreseimiento, sin resolución del conflicto, la firma de un juicio abreviado o bien, excepcionalmente, con la celebración de un juicio que en promedio no tarda menos de dos años.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Por todo lo dicho, a mi modo de ver, es la dinámica de la justicia tradicional y no la solución restaurativa de conflictos lo que otorga sensación de impunidad, desconfianza en la sociedad y alimenta a los medios de comunicación en la construcción del colectivo adolescente como un sujeto “peligroso”. Por ello, sería conveniente brindar una respuesta a estos argumentos falaces con los logros y resultados obtenidos en los programas de justicia restaurativa en funcionamiento.

Se entiende entonces propicio realizar una segunda propuesta: profundizar la difusión de los programas de solución restaurativa de conflictos y continuar con la formación de los operadores judiciales en materia de justicia juvenil restaurativa para que internalicen que dicho camino es un mandato de la Convención, que a la vez permite brindar mejores respuestas para las víctimas y para los adolescentes.

- **Un sistema de protección integral que atienda a la vulnerabilidad social de los adolescentes**

A lo largo del trabajo se ha expresado que resulta fundamental la articulación del sistema penal con el llamado sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes. Una de las resistencias esbozadas por los operadores judiciales en las entrevistas, radica en que los adolescentes que usualmente transitan por el sistema de justicia juvenil se encuentran en condiciones de alta vulnerabilidad, consumo problemático de sustancias o con situaciones de afectación de su salud mental. Por tanto, desconfían de su aptitud para ingresar a un mecanismo restaurativo, entienden que están destinados a reiterar una y otra vez sus conductas disvaliosas. Se percibe una suerte de determinismo que de antemano desconfía de la posibilidad del proceso de responsabilización subjetiva que se busca a través de la justicia restaurativa.

En este sentido, es acertado decir que la selectividad del sistema penal lleva a que la mayoría de los adolescentes que ingresan a dicho sistema proviene de contextos de alta vulnerabilidad social, lo que no se desconoce. Cabe señalar que, al momento de realizar el presente trabajo, se conocieron datos alarmantes sobre la situación social de la niñez y adolescencia en nuestro país⁸⁸ que indicaba que casi la mitad de las personas menores de 18 años se encontraban bajo la línea de pobreza.

Ahora bien, la promoción e impulso de una respuesta respetuosa de los derechos fundamentales de los adolescentes ante la infracción a la ley penal, exige el acceso a todos sus derechos. Por ello, entre los aspectos necesarios que deben incorporarse a los programas restaurativos, se encuentra un eje central de trabajo que debe estar dado por la indispensable articulación de cualquier programa con el sistema de protección integral de derechos y atención de las cuestiones de salud y consumo problemático. Es decir, se entiende que el camino a seguir no radica en negar a los adolescentes el ingreso a mecanismos restaurativos, sino más bien exigir que el sistema de protección integral brinde respuestas a esas vulnerabilidades sociales.

⁸⁸En tal sentido ver: Pobreza monetaria y privaciones no monetarias en Argentina (UNICEF, 2018-2).

- **Una justicia retributiva complementaria, de mínima intervención y última ratio**

La justicia retributiva no puede desestimarse por completo. Existen situaciones en las que será necesario un sistema de justicia coercitivo que actúe ante determinados hechos. Por ejemplo, debe excluirse de esta propuesta aquellos delitos que por su gravedad institucional deban ser incorporados al sistema de justicia tradicional y que el Estado, a través del acusador público inste dicha acción. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de los delitos contra la vida o contra la integridad sexual⁸⁹ si existen patrones de violencia instalada (Greco, 2016b: 3).

La línea divisoria entre los casos susceptibles de soluciones restaurativas y aquellos que no lo son, es difícil de trazar en tanto es una cuestión compleja de política criminal aún sin resolver y existe coincidencia entre quienes trabajan desde esta perspectiva que es necesario analizar cada caso con sus particularidades. Sin embargo, desde un nuevo enfoque que pretenda subsanar algunos problemas del sistema penal actual, podría ser un buen comienzo brindar la mayor cantidad de herramientas posibles para explorar esta vía y utilizar la justicia retributiva de manera subsidiaria.

En el caso de la justicia penal para adolescentes, también habrá supuestos que deberán ser ingresados a la justicia tradicional retributiva e incluso serán susceptibles de aplicación de una sanción de pena privativa de la libertad. Dichos casos, conforme los estándares internacionales, debieran ser excepcionales y la aplicación de dicha sanción un último recurso por el plazo más breve posible. Tampoco se debe olvidar, que la finalidad socio-educativa es el objetivo del sistema de justicia juvenil, por tanto, siempre debe procurarse la restauración y reparación de los lazos sociales que se han dañado producto de la infracción.

Para terminar

El cumplimiento de la Convención sobre Derechos del Niño resulta una tarea que, conforme se ha dicho sobradamente, requiere del compromiso de las familias, la sociedad y el Estado. La garantía del cumplimiento de la integralidad de los derechos de las personas menores de 18 años de edad ha adquirido en nuestro país jerarquía constitucional y el sistema de responsabilidad penal para personas menores de edad integra el sistema de protección de derechos en tanto se encuentra regido por los parámetros de dicha Convención.

⁸⁹ En lo que respecta a los delitos cometidos contra la integridad sexual resulta de gran relevancia tener presente el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas” OEA/Ser.L/V/II Doc. 68 del 20/01/2007. En el mencionado informe se llama la atención sobre la incorrecta aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales que ignoran la situación de vulnerabilidad y desprotección en que se encuentran las mujeres víctimas de violencia y especialmente el silencio por temor a represalias que existe en estos casos. En tal sentido la CIDH expresa en el párrafo 144 que “... la CIDH ha observado principios aplicables a la judicialización de casos de violencia contra las mujeres, los cuales otorgan un amplio margen a los fiscales para decidir cuales delitos investigan o no, lo que se presta a la influencia de patrones socioculturales discriminatorios en la decisión en cuales delitos de violencia contra las mujeres deben investigar.”

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Todavía sin embargo no se logra la construcción de un sistema conforme dichos estándares ya que no sólo no se cuenta con una ley Nacional acorde, sino que las prácticas instaladas en clave tutelar y retributiva presentan aún gran resistencia. En el presente trabajo se analizaron las causas de dichas falencias, los desafíos existentes y se realizaron propuestas.

Al momento de finalizar el presente trabajo, nos encontramos próximos al 30° aniversario de vigencia de la CDN. Tal vez, sea un buen momento para reflexionar sobre la necesaria prioridad de dar cumplimiento a la integralidad de dicho instrumento y a la vez organizar una respuesta proporcionada, democrática y respetuosa de los derechos de los adolescentes frente a la infracción a la ley penal. Quizá ya sea tiempo de revisar nuestros prejuicios, nuestras formaciones tradicionales del derecho y nuestras estructuras de pensamiento para, como operadores jurídicos, involucrarnos en la restauración de lazos sociales y convertirnos en artífices de la paz social.

2021
Estudios sobre Jurisprudencia

ANEXO

Nombre del Programa	Ubicación Geográfica	Pertenencia Institucional	Marco normativo	Franja etaria (punibles/no punibles)	Tipos de delitos	Conformación del equipo	Tipos de acuerdos	Plazos	Principales desafíos y obstáculos mencionados
Programa de Resolución Alternativa de Conflictos	Ciudad de Buenos Aires	Defensoría General de la Nación	Art. 59 inc 6° Código Penal	punibles	no hay exclusiones	3 mediadoras (2 abogadas y 1 trabajadora social)	Se facilitó modelo de acuerdo. Puede ser económico/pedido de disculpas/reparatorio, etc.	Promedio 30 días entre inicio y cierre del caso	Necesidad de dotar con mayores recursos al Programa. Falta de conocimiento del Programa por parte de los operadores judiciales. Oposición de operadores judiciales
Área de Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos Penales y Justicia Restaurativa	Lomas de Zamora	Acuerdo entre la Fiscalía y la Defensoría General del Dpto. Judicial de Lomas de Zamora (PBA)	Art. 40.1, 40.3 y 40.4 CDN; Directriz N°57 de las Directrices de Riad, las Reglas N° 5 y 6.1 de las Reglas de Beijing, Art. 38 y 48 Ley 12.061; Art. 31, 33 y 75 Ley 13.364 y Art. 86 C.P.P.B.A.	punibles y no punibles	no hay exclusiones	2 abogadas, 2 psicólogas, 1 mediador y estudiante de ciencias biológicas, 2 estudiantes de derecho. El Cuerpo Médico Auxiliar brinda asistencia técnica, con 1 abogada y 1 trabajadora social	Variados, se busca que sean de posible cumplimiento. Se mencionaron: pedidos de disculpa y reparación simbólica, la devolución de cosas, reparación económica, compromiso de no volver a cometer ciertas conductas, pedidos de aclaración de lo sucedido, tareas comunitarias	Se establecen en cada caso, oscilan entre 3 y 4 meses cuando se realiza seguimiento del acuerdo. Excepcionalmente se llegó a un año.	Oposición de los fiscales y falta de derivación de casos de mayor complejidad

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Área de Mediación de la Fiscalías del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil	San Marín	Fiscalía General de Dpto. Judicial de San Martín (PBA)	At. 33 y 40 de la Ley 13.634 de la Provincia de Buenos Aires:	punibles y no punibles	no hay exclusiones	1 abogada y 1 trabajadora social	Pedidos de disculpas (verbalmente o por carta), reparaciones, confección de afiches en escuelas consignando las consecuencias de realizar amenazas de bomba, propuestas pedagógicas, construcción de juguetes, pintadas de grafitis o murales. Indicaron que el Municipio de San Martín cuenta con programas de política pública que permite la realización de trabajos comunitarios u otras actividades por parte de los adolescentes.	Promedio 3 meses	Necesidad de designación de más profesionales, poca derivación de los fiscales y falta de derivación de casos de mayor complejidad. Mayor cantidad de programas de política pública
Unidad de Atención en Conflictos Juveniles	La Plata	Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata	Art. 40.3.b CDN; Directrices de Riad y leyes provinciales N°13.634 y N°13.298.	punibles, no punibles y jóvenes hasta 25 años de edad	no hay exclusiones	Abogadas, psicólogas, profesoras, trabajadoras sociales; Licenciada en Diseño y Comunicación, Acompañante Terapéutico, Músico, Jóvenes egresados de la UACJ.	Depende de cada caso pueden variar los compromisos, al no ser un programa de mediación no se hacen acuerdo sino se asumen compromisos	Entre 6 y 8 meses	Desconocimiento de la Justicia Restaurativa

BIBLIOGRAFIA

Alliaud, A. M. 2009. Los métodos alternativos de resolución de conflictos penales. En La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler. Gabriel Anitua e Ignacio F. Tedesco compiladores, 1o edición, Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

Beccaria, C. 2000. De los delitos y de las penas. Barcelona: Ediciones Folio S.A.

Beloff, M. 1999. Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. En Justicia y Derechos del Niño Número 1. Santiago de Chile: Fondo de Naciones Unidad para la Infancia, UNICEF.

----2001. Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta trasgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos. En Justicia y Derechos del Niño Número 3. Buenos Aires: Fondo de Naciones Unidad para la Infancia, UNICEF.

Cafferata Nores, J.I. 2007. Proceso Penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Chiara Díaz, C. 2003. El principio de legalidad y las alternativas de oportunidad. En Revista del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, Año 1 No 1.

Calvo Soler, R. y Ollero Perán, J. 2018. Nuevos retos para el discurso restaurativo. En Revista La Trama No 56. Disponible en:

http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=374&ed=56

[Última visita: septiembre 2021]

Fava, G.C. 2018. Las prácticas consensuales y el aporte a la Justicia Penal Nacional del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la Defensoría General de la Nación. En Revista La Trama No 59. Disponible en:

http://revistalatrama.com.ar/contenidos/docs/059_002_esp.pdf.

[Última visita: septiembre de 2021].

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2018). Justicia Juvenil. Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en la Argentina. Disponible en:

<https://www.unicef.org/argentina/media/3511/file>.

[Última visita: septiembre 2021].

---- 2018. Pobreza monetaria y privaciones no monetarias en Argentina. Primera edición Buenos Aires, Argentina. Disponible en:

<https://www.unicef.org/argentina/media/4156/file>.

[Última visita: septiembre 2021].

Greco, S. 2006. Los aportes de la Mediación y de los Procesos Colaborativos de Gestión de conflictos para la transformación de la cultura del Litigio. Algunos datos de la

Referencia Jurídica e Investigación

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

experiencia Argentina. En Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Jurisprudencia y ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Guayaquil. No 4.

--- y Vecchi, S. 2011. Evaluación y Monitoreo de Programas RAD y mediación en el área de Justicia. Experiencias en la Argentina y en otros países de América Latina. En Hacia una mediación de calidad. Brandoni F. compiladora. Buenos Aires: Ed. Paidós.

---2016a. Procesos auto compositivos en el sistema penal. Reparación, conciliación mediación. Justicia restaurativa. La reforma procesal penal para la justicia nacional y federal. Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/11/doctrina44334.pdf>.

[Última visita: septiembre 2021].

---2016b. Violencia. Mediación y Justicia. Cuestiones problemáticas en el sistema actual en Revista La Trama No 51. Disponible en:

http://revistalatrama.com.ar/contenidos/docs/051_002_esp.pdf

[Última visita: septiembre 2021].

---2017. Negociación en el Sistema Penal. Herramientas. Jurisprudencia en Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos. Disponible en: http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/docs/lect_026.pdf

[Última visita: septiembre 2021].

Gudiño, M., Lugano, M.J.; Aguilar, M. y Fernández, M.T. 2015. Responsabilidad Subjetiva en la Justicia Penal juvenil. En Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1o edición. Buenos Aires: Editorial Jusbaire

Kemelmajer de Carlucci, A. 2004. Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. Santa Fe: Editorial Rubinzal Kulzoni.

Lauría Masaro, M. y Montenegro, L. 2016. Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional. Publicación de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa. Disponible en:

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2016.4.%20Aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20reparaci%C3%B3n%20y%20la%20conciliaci%C3%B3n%20en%20la%20jurisprudencia%20nacional.pdf>.

[Última visita: septiembre de 2021].

Maier, J. 2009. La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy. En La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler. Gabriel Anitua e Ignacio F. Tedesco compiladores. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

Maxera, R. 2007. Mecanismos Restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamericana y España en Conceptos, Debates y Experiencias en Justicia Penal Juvenil. Colección Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos con la colaboración de UNICEF.

Pavarini, M. 1983. Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 10ª Edición. México: Ed. Siglo XXI.

Paz, S. y Paz, S. 2018. Dispositivo Restaurativo para el Abordaje Eficaz del Conflicto Juvenil. En Revista La Trama No 56. Disponible en:

http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=375&ed=56

[Última visita: septiembre 2021].

Secretaría de Derechos Humanos con la colaboración de UNICEF (2010). Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil: conceptos, perspectivas y mecanismos procesales para su implementación, Colección Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/1129109/17-dhpn-justicia_retaurativa_en_el_sistema.pdf.

[Ultima vista: febrero 2021]

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). 2012. Procedimientos penales juveniles a nivel provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincia. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/846/file/Procedimientos%20procesales.pdf>.

[Ultima vista: febrero 2021].

----2015. Relevamiento Nacional sobre Adolescentes en conflicto con la Ley Penal. Disponible en:

<https://www.unicef.org/argentina/media/1706/file/Adolescentes%20en%20conflicto%20con%20la%20Ley%20Penal,%202015.pdf>.

[Ultima vista: febrero 2021].

Segato, E.L. 2003. El sistema penal como pedagogía de la irresponsabilidad y el proyecto “habla preso: el derecho humano a la palabra en la cárcel”. Disponible en: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/cpa/spring03/culturaypaz/segato.pdf>.

[Ultima vista: febrero 2021].

Tiffer, C. 2017. Principio de especialidad en el derecho penal juvenil. En Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil. 1ª edición. Buenos Aires: Editorial Jusbaire.

Vetere, D. A. 2018. El principio de especialidad en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: un nuevo retroceso en la construcción de un sistema de justicia penal especializado para adolescentes. En Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 24. Pitlevnik, Leonardo G. y Damián Muñoz, directores. 1ª edición. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.

Zaffaroni, E.R. 1997. Manual de Derecho Penal. Parte General. Sexta Edición. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Zehr, H. 2017. El pequeño libro de la justicia restaurativa, New York: Ed. Good Books.