

unicef 
para cada niño


Defensoría de niñ@s,
niños y adolescentes.
PROVINCIA DE SANTA FE

www.defensorianna.gob.ar



JUSTICIA JUVENIL: PRÁCTICAS RESTAURATIVAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

APORTES, TENSIONES Y REFLEXIONES COLECTIVAS

unicef 
para cada niño


Defensoría de niñ@s,
niños y adolescentes.
PROVINCIA DE SANTA FE

JUSTICIA JUVENIL: PRÁCTICAS RESTAURATIVAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

JUSTICIA JUVENIL: PRÁCTICAS RESTAURATIVAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

APORTES, TENSIONES Y REFLEXIONES COLECTIVAS

Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe

Justicia juvenil : prácticas restaurativas y políticas públicas : aportes, tensiones y reflexiones colectivas / dirigido por Analía Colombo. - 1a ed. - Rosario : Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Santa Fe, 2020.

172 p. ; 21 x 21 cm.

ISBN 978-987-47160-7-1

I. Justicia. I. Colombo, Analía, dir. II. Título.

CDD 346.0135

unicef 
para cada niño



Defensoría de niñas,
niños y adolescentes.
PROVINCIA DE SANTA FE

¿Cómo responde una sociedad justa a las y los adolescentes que vulneran la ley penal?

Mary Beloff

I. La pregunta que motiva este encuentro es cómo responde (y como debería responder) una sociedad justa a un niño que comete un delito, lo que nos interpela a reflexionar sobre cuál debe ser el contenido de la política criminal juvenil. Al hacernos esta pregunta podríamos pensar en un enfoque restaurativo; sin embargo, no hay una sola y única respuesta que sea buena para el adolescente, que también sea buena para la sociedad y que tenga una dimensión simbólica en términos que satisfaga y genere bienestar en el niño, en la víctima, y en la sociedad.

Existe un generalizado acuerdo respecto de que el sistema de justicia penal juvenil no funciona, pero curiosamente no tenemos acuerdo sobre la causa que genera el problema: no sabemos si es un problema de prevención, si es un problema de reacción, o si es un problema de los dos niveles¹. ¿Por qué el tema se reduce a bajar la edad penal? ¿Existen otras formas de respuesta al delito? ¿Es justo/razonable castigar a un niño

cuando comete un delito —si aceptamos que en algún caso lo sea—? ¿Cómo habría que hacerlo? Desde un enfoque restaurativo, ¿qué otras formas de respuesta al delito podemos imaginar y cómo deberían ser para ser eficaces?

Para responder a la pregunta de cuál sería una respuesta “justa” a un niño o niña que cometió un delito, deberíamos tener un consenso que exprese una definición social y política de qué se quiere cambiar, para qué y cómo se van a lograr los resultados deseados, y esto no debe plantearse en un contexto electoral o de conmoción social por un delito grave cometido por un niño.

¿Qué habría que cambiar y bajo qué justificación: una ley o un sistema? De acuerdo con cómo respondamos estas preguntas, serán las soluciones que habría que implementar; ¿Cuándo y cómo hay que hacer los cambios? ¿Nos interesa cambiar una ley o cambiar la realidad de los niños?

1- Cfr. BELOFF, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.

Tradicionalmente los debates en cuanto al delito y la pena juvenil se han concentrado en los aspectos vinculados con la edad mínima de responsabilidad y las sanciones, en lugar de indagar acerca de las exigencias del Derecho Internacional de los derechos humanos. Está claro que la recurrente propuesta de reducción de la edad penal no sólo está prohibida por el corpus juris de protección de derechos del niño, sino que también resulta evidente su ineficacia². En general, estos debates ignoran las dimensiones normativas y empíricas de la justicia juvenil en el país —en especial, en el orden local³—, tanto como los desaciertos del proceso de reformas latinoamericano.

En esta oportunidad, y a partir de las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos, me interesa compartir algunas reflexiones en un intento de que buenas razones teóricas puedan contribuir a la generación de buenas prácticas y políticas relacionadas con procesos de justicia restaurativa que redunden en un mayor reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

II. 1. No es posible soslayar la experiencia de las últimas tres décadas de reformas legales en Amé-

rica Latina dirigidas a incorporar el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños al derecho interno de los países de la región⁴. Este proceso transcurrió con una desconexión manifiesta de las dimensiones materiales reales de los problemas que pretendía resolver. Un cuarto de siglo después, y más allá de que las leyes aprobadas sean, por lo general, impecables desde el punto de vista de la técnica legislativa y de sus finalidades político-criminales⁵, poco se modificó en la realidad sobre la cual estas leyes pretendían impactar y, en algunos casos, la situación se agravó aún más.⁶

Cuando uno discute Derecho penal discute un modelo de Estado, y eso es lo que nosotros no hicimos. El proceso de reforma legal latinoamericana transitó sin pensar cuál era el modelo de Estado que se discutía y, en general, se redujo la edad penal sin pensar en los derechos de protección que se perdieron en el camino.

Las reformas latinoamericanas no tuvieron un impacto significativo en la reducción de la violencia —discurso que sostenía la incorporación del Derecho internacional—, sino que tuvieron otro impacto: acercar al Derecho penal de menores —antes de ma-

triz tutelar clásica— al Derecho penal de adultos. En otras palabras, si bien aparejó una “ganancia” en términos de derechos de defensa —centralmente debido proceso—, como contrapartida, el proceso implicó la pérdida significativa de los derechos de protección de los niños que, en materia penal juvenil, significa prevención⁷ (esto es, cumplimiento de las responsabilidades de la familia, la sociedad y del Estado hacia la infancia —aseguramiento de DESCs—), especialidad en el proceso, y reintegración social⁸.

Una ley mejor en términos de los estándares más modernos de derechos humanos constituye, por un lado, un imperativo elemental de justicia y, por el otro, cumple una función pedagógica positiva

tanto en el psiquismo como en los procesos de socialización secundarios⁹; por lo que una mejor ley puede contribuir con el adolescente en la construcción de vínculos no conflictivos con su comunidad de modo de lograr su verdadera y sustentable reintegración social.

2. Tanto la Corte IDH como el Comité de los Derechos del Niño han derivado el derecho a una respuesta penal diferenciada del derecho de los niños a su protección especial (cfr. art. 19 de la Convención Americana)¹⁰.

Esto no significa perder de vista que una ley que regule la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad sea una ley penal; sin embargo,

7- En materia penal juvenil, los debates en la región hasta ahora giraron en torno a qué hacer una vez que el niño comete un delito. El limitado alcance del debate expresa lo que hemos denominado “traducción latinoamericana” del *corpus juris* y se explica porque fueron los penalistas —quienes por regla se dedican a justificar y limitar la reacción punitiva estatal— los que monopolizaron originalmente el debate sobre el alcance y características de la reforma. La idea de la prevención del delito fue una gran intuición política del positivismo —escuela que instaló la idea de que el Estado debía intervenir antes de que se cometiera un delito—. Aunque problemática, no es en sí misma contraintuitiva, al punto de que no solo no ha sido abandonada, sino que las normas internacionales priorizan la prevención sobre aspectos represivos. El problema estuvo en el marco teórico en el que se la desarrolló y en las políticas que se implementaron en su nombre, que tuvieron consecuencias terribles para la humanidad (Cfr. BELOFF, Mary, *Derecho del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, 2019).

8- BELOFF, Mary, *Derecho del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit.

9- El modelo italiano de justicia juvenil es un buen ejemplo de lo aquí sostenido. Cfr. PALOMBA, Gaetano, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milán, Giuffrè, 1991; en español, *Sistema del nuevo proceso penal del menor*, Buenos Aires, Eudeba, 2004; una lectura crítica ineludible al modelo legal previo, DE LEO, Gaetano, *La giustizia del minore*, Turín, Giulio Einaudi, 1981; en español, *La justicia de menores*, Barcelona, Teide, 1985.

10- De acuerdo con el Comité: “Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables”, agregó que: “(...) la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no solo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no se ajusta a los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el art. 40, párr. 1, de la Convención. Cuando un niño cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del infractor y a la gravedad del hecho, y se tomará en consideración la necesidad de seguridad pública y de sanciones. Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad.” Observación General nº 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil (2019), párrs. 2 y 77. La Corte IDH sostuvo que: “[L]a medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma (...);” caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, Fondo, Serie C nº 260, párr. 165. En sentido similar, Regla 17.1 de las Reglas de Beijing. Un desarrollo exhaustivo del derecho de los niños a su protección especial en BELOFF, Mary, *Derecho del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit.

2- Un análisis del tema en BELOFF, Mary, *El eterno retorno: bajar la edad mínima de responsabilidad penal*, en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, ERREIUS, abril 2019, Año I, págs. 55/67.

3- En su mayoría, las provincias han adecuado sus legislaciones a los más modernos estándares internacionales de protección de derechos humanos del niño.

4- Cfr. Corte IDH, caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C nº 63, párr. 194.

5- Entre muchas otras: Brasil: Ley nº 8.069 “Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil” (1990); Colombia: Ley nº 1.098 “Código de la Infancia y la Adolescencia” (2006); Chile: Ley nº 20.084 “Establece un sistema de responsabilidad penal juvenil” (2007); Ecuador: Ley nº 100 “Código de la Niñez y Adolescencia” (2003); Guatemala: “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” (2003); Nicaragua: Ley nº 287 “Código de la Niñez y la Adolescencia” (1998); República Dominicana: Ley nº 136 “Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes” (2003).

6- De esta situación dan cuenta diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos. Pueden consultarse, entre otros, Comisión IDH, Informe de la Relatoría sobre Derechos de la Niñez, “Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas”, Doc. 78, del 13 de julio de 2011; y “Violencia, niñez y crimen organizado”, Doc. 40/15, del 11 de noviembre de 2015. Por otro lado, también pueden consultarse los informes de otros organismos, como por ejemplo los diversos informes del Observatorio de Derechos de los Niños, Niñas y Jóvenes en Honduras, Casa Alianza, disponible en <http://casa-alianza.org.hn/new.casa-alianza.org.hn/index.php/observatorio?limit=15&start=0>.

si bien debe precisar límites claros a la actividad represiva estatal, no está habilitada a desarrollar ni a adjudicar los casos dentro del sistema penal general, precisamente porque el propósito de la sanción penal juvenil no es el castigo sino la reintegración social (CDN, art. 40.1).

Si bien ello no debe generar la confusión de creer que es la justicia juvenil la que debe suplir las deficiencias de los sistemas de protección de los derechos de los niños y los adolescentes, sí se debe advertir sobre las regresivas tendencias que, como se indicó, han evidenciado los sistemas penales juveniles latinoamericanos, de acercamiento a la justicia penal general, mediante reducciones de edad, de transacciones de garantías en cabeza de sujetos con competencia restringida¹¹, de aumentos de penas privativas de libertad, de transferencia a los sistemas penitenciarios en la etapa de ejecución¹², entre otras.

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

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

3. Otro aspecto que debe ser considerado en los debates sobre justicia juvenil y que no se ha logrado resolver, es la relación entre los juristas y otros profesionales dedicados a la intervención psico-social con adolescentes infractores. Quizás la importancia exagerada que se ha adjudicado a la ley en las cuestiones relacionadas con la protección y defensa de los derechos humanos de niños se deba a que por mucho tiempo los juristas se mantuvieron al margen de las reflexiones respecto de cuáles eran los problemas legales que tenían las leyes especializadas en menores y de cuáles deberían ser las características de un mejor derecho para aquellos.

En la actualidad no se plantean dudas teórico-conceptuales ni dificultades técnicas respecto de cuáles son los lineamientos generales, los principios rectores y los derechos y garantías de un derecho adecuado para tratar con los niños en el derecho de familia como en el derecho penal¹³.

Lo que no se ha generado en Latinoamérica —a diferencia de otras regiones— es un conocimiento sistemático, riguroso, eficaz, tanto de la situación

concreta en la que se encuentran los niños, como de las mejores prácticas en materia de justicia juvenil.

Hoy la responsabilidad de continuar con el proceso de transformación de la justicia juvenil no corresponde ya exclusivamente a los abogados o juristas, sino a las disciplinas vinculadas con la intervención social y psicológica, que son las que deben asumir el liderazgo en términos de encontrar nuevas y eficientes formas de intervención.

4. En Argentina, en las últimas dos décadas, las provincias, en ejercicio de su competencia local¹⁴, aprobaron leyes de protección a la niñez y procesales, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos¹⁵ e iniciaron procesos diferentes de reconocimiento de derechos y garantías de los niños, aunque no se hubiera modificado la legislación de fondo y aún con diseños institucionales antiguos¹⁶.

Con ello no pretendo sostener que no sea necesario reformar las leyes, sino advertir que si lo que se procura lograr es aquello que sea más beneficioso para los niños en particular y para la sociedad en general, no se debe soslayar la dimensión de la realidad (la aplicación misma de las leyes). Por otro lado —y mientras se aprueban leyes mejores—, los ejemplos mencionados revelan que es posible desarrollar buenas prácticas respetuosas de los derechos de niños y adolescentes, aún con leyes que requieran su actualización.

III.1. Las respuestas no penales en la justicia juvenil presentan algunas particularidades que, de forma resumida, merecen mencionarse.

La expresión "justicia restaurativa" (*restorative justice*), en nuestro medio, no coincide, en general, ni

14- Cfr. BELOFF, Mary, *Constitución y derechos del niño*, en BELOFF, Mary (Coord.), *La protección a la infancia como derecho público provincial*, Buenos Aires, Ad Hoc, págs. 17/74, 2005.

15- Catamarca: Ley n° 5357 "Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (2013); Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley n° 114 "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" (1999) y Ley n° 2451, "Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (2007); Córdoba: Ley n° 9.944 "Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba" (2011); Chaco: Ley n° 2086 "Ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes" —antes Ley 7162— (2012) y Ley 2950-M "Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia" (2019); Chubut: Ley III n° 21 (antes ley 4347) "Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia" (1998); Entre Ríos: Ley n° 9861 "Protección Integral de los derechos del niño, el adolescente y la familia" (2008); Jujuy: Ley n° 5288 "Ley de Protección de la Niñez, Adolescencia y Familia" (2002) y Ley n° 4721 "Creación de juzgados de menores" (1994); La Pampa: Ley n° 2.703 "Adhesión a los artículos 1° a 41 de la Ley Nacional n° 26.061 y a los artículos pertinentes a su Decreto Reglamentario n° 415/06" (2013) y Ley n° 1270 "Régimen de Protección a la Minoridad y la creación del fuero de familia y el menor en el Poder Judicial" (1990); La Rioja: Ley n° 8848 "Protección Integral de los derechos del niño, la niña, el adolescente y la familia" (2010); Mendoza: Ley n° 9139 "Sistema integral de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes" (2019) y Ley n° 6354 "Régimen jurídico de protección de la minoridad" (1995); Misiones: Ley II n° 16 (antes Ley 3.820) "Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes" (2010); Neuquén: Ley n° 2302 "Protección Integral de la Niñez y Adolescencia" (2000); Provincia de Buenos Aires: Ley n° 13.298 "Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños" (2005) y Ley n° 13.634 "Fuero de Familia y Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil" (2007); Río Negro: Ley n° 4.109 "Protección Integral de los Derechos de Niñas, de los Niños y los Adolescentes" (2006); Salta: Ley n° 7.039 "Ley de Protección de Niñez y la Adolescencia" (1999); San Juan: Ley n° 727-C (7338) "Protección Integral de los derechos de todos los niños y adolescentes" (2003); Santa Cruz: Ley n° 3062 "Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la provincia de Santa Cruz" (2009); Santa Fe: Ley n° 12.967 "Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (2009); Santiago del Estero: Ley n° 6.915 "Protección Integral de niñas, niños y adolescentes" (2008); Tierra del Fuego: Ley n° 521 "Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas, Adolescentes y sus Familias" (2001); y Tucumán: Ley n° 8.293 "Protección Integral de los derechos de la familia, de las niñas, niños y adolescentes" (2010).

16- En este sentido, cabe señalar también la sostenida transformación de la jurisprudencia de la justicia de menores en el ámbito nacional en razón del trabajo de los actores que intervienen en ella y a otros factores estructurales como la renovación académica y generacional de la justicia penal federal y nacional. Sobre el tema puede consultarse BELOFF, Mary, FREEDMAN, Diego, y TERRAGNI, Martiniano, *Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia penal juvenil*, en Mary BELOFF (Dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017, págs. 39/85.

11- El juicio abreviado es un ejemplo de ello. Sobre el tema, BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego; KIERSZENBAUM, Mariano; y TERRAGNI, Martiniano, *La justicia juvenil y el juicio abreviado*, en M. BELOFF (Dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017, págs. 139/185.

12- BELOFF, Mary; y TERRAGNI, Martiniano, *La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad*, en M. BELOFF (Dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017, págs. 281/297.

13- Sobre el tema, véanse, entre otras, las diversas Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Por su parte, la Corte IDH, en numerosas decisiones, reconoció la existencia de un trato diferenciado como expresión de la protección especial a la infancia en un proceso penal: "[E]s evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto (...) es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (...)". Opinión Consultiva n° 17, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Serie A n° 17, párr. 96. Asimismo, sostuvo que: "[S]i bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores, la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (...)". (párr. 97). Véase, BELOFF, Mary, *Derecho del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ob. cit.

con las nociones de justicia ni tampoco con aquellas vinculadas con las diferentes ideas de reparación del daño causado por el delito¹⁷. La laxitud de su definición permite que pueda ser aplicada a situaciones distantes de nuestra idea sobre lo que puede resultar "justo"¹⁸. Ello adquiere relevancia en la justicia juvenil, donde se espera que cumpla una función clave respecto de la reintegración social del adolescente —que se relacione de manera no conflictiva con su comunidad en el futuro y que comprenda el valor de las personas y sus derechos—¹⁹.

Se impone asimismo reflexionar acerca de los matices de lo "restaurativo" (en qué contextos, con qué alcances). La justicia restaurativa no implica necesariamente una solución "blanda"²⁰, ya que el contacto es personal, directo y, en ocasiones, muy emocional.

En relación con el contenido jurídico, lo que se entiende por "justicia restaurativa" es muy diverso en las normas internacionales²¹ y también en las legislaciones latinoamericanas. Esto no debería sorprender ya que, si la definición teórica no es clara y es ajena al ámbito legal, sería extraño que las normas específicas lograsen resolver lo que no está resuelto en otros órdenes; más que debatir definiciones, hay que conocer las prácticas y soluciones que ya se están implementando y que se derivan de cada caso.

2. Un amplio sistema de respuestas restaurativas es uno de los componentes centrales de una justicia juvenil que respeta materialmente el principio de especialidad.

En el mundo anglosajón, la justicia restaurativa se conoce como *diversion* (CDN, art. 40.3.b); se trata de

formas compositivas que dan una respuesta de solución a conflictos y a los altos costos del acceso a la justicia formal²². Esto es, en caso de que ocurra un hecho subsumible en un tipo penal, es posible derivar el asunto —sin ningún contacto previo con el ámbito penal, ni siquiera policial (aunque es casi imposible de implementar con tal alcance en la práctica)—, a una instancia comunitaria de solución de esta clase de conflictos²³.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el principio de especialidad aparece como la traducción del derecho de los niños a su protección especial en la justicia juvenil²⁴. Esa traducción irradia sus efectos normativos y político-criminales sobre todos los derechos y garantías de la justicia penal, tanto sustantivos como procesales y, específicamente, tiene efectos en los mecanismos restaurativos²⁵.

El Comité de Derechos del Niño, en la reciente Observación General n° 24, distingue las "medidas extrajudiciales" de las "intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales (disposición)". Las primeras son aquellas "(...) que evitan recurrir

a procedimientos judiciales (...) [e] implican derivar asuntos fuera del sistema de justicia penal oficial, por lo general a programas o actividades"²⁶; ellas sólo deben utilizarse cuando existan pruebas convincentes de que el niño ha cometido el presunto delito, de que con información adecuada y específica, junto con asistencia jurídica y de otro tipo, reconoce su responsabilidad "libre y voluntariamente", y de que este reconocimiento no se utilizará en su contra en ningún procedimiento judicial posterior²⁷.

En relación con las "intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales (disposición)" señala que se deben "ofrecer amplias oportunidades para aplicar medidas sociales y educativas y limitar estrictamente el uso de la privación de libertad, desde el momento de la detención, a lo largo de todo el procedimiento y en la sentencia" y que se deba asegurar "(...) un servicio de libertad vigilada o un organismo similar con personal competente que garantice recurrir, en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles, a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de pre-

17- De acuerdo con Tony MARSHALL, la justicia restaurativa es un proceso en el cual todas las partes que tienen alguna clase de interés en un conflicto subsumible en un tipo penal que haya tenido lugar en una comunidad se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de ese crimen y con sus efectos e implicancias para el futuro ("Criminal mediation in Great Britain 1980-1996", en *European Journal on Criminal Policy and research*, págs. 21-43 citada en MORRIS, Allison y Gabrielle MASWELL (eds.), *Restorative Justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Oregon, Hart, 2001, Cap. 1, pág. 5).

18- La víctima tal vez acepte los términos de una mediación porque ello le "conviene" o el imputado acepte someterse a estos procedimientos, también porque puede resultar conveniente, pero ello no implica que el acuerdo alcanzado sea un acuerdo "justo", sino conveniente para una o ambas partes.

19- Cfr. CDN, art. 40.

20- "En el entusiasmo por la mediación es importante no olvidar que los rituales y arreglos en los tribunales penales pueden tener funciones protectoras importantes. Cuando las tensiones se desatan, incluso hasta la violencia inmediata amenaza, los solemnes y a veces también completamente tediosos y aburridos rituales en el aparato penal pueden tener un efecto calmante. (...) El sistema de mediación puede ser fácilmente pervertido en tribunales juveniles disfrazados (...) Lo que se desarrolla en estos tribunales (...) es la represión de los niños", CHRISTIE, Nils, *A suitable amount of crime*, Londres, Routledge, 2004 [en español, Una sensata cantidad de delito, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, págs. 121/2].

21- CDN, art. 40.3: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetará plenamente los derechos humanos y las garantías legales (...). Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) Directriz 6: "Deben crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han establecido todavía organismos oficiales. Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social" Directriz 57: "Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles (...) El mediador u otro órgano publicará periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño (...)"

22- Los juicios penales se resuelven en más del 90% por mecanismos de justicia notarial administrativa, en negociaciones entre el fiscal y la defensa, algo similar al juicio abreviado.

23- Esto requiere de mecanismos comunitarios muy afianzados y probablemente sólo pueda ser llevada a cabo en comunidades pequeñas, ya que la dinámica de las relaciones sociales y la vida en grandes centros urbanos no facilitan su utilización.

24- Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17, cit. párrs. 95, 98, 101, 109; casos "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", cit. párrs. 210, 211; "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C n° 260, párrs. 146, 151, 162; entre otros.

25- Cfr. Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", cit. párr. 211. También, el Comité de Derechos Humanos, en el Comentario n° 32 "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", sostuvo que: Siempre que sea apropiado, en particular cuando se trate de rehabilitar a los menores que presuntamente hayan cometido actos prohibidos por el derecho penal, deberán preverse medidas distintas de los procedimientos judiciales, como la mediación entre el autor y la víctima, conferencias con la familia del autor, servicios de orientación y apoyo psicológico, servicios a la comunidad o programas educativos, a condición de que sean compatibles con los requisitos del Pacto y otras normas pertinentes de derechos humanos." (párr. 44)

26- "(...) 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." Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 24, cit. párr. 15.

27- No pueden incluir la privación de libertad y, cuando se cumpla con la medida extrajudicial, se deba considerar cerrado definitivamente el caso. (párr. 18).

3. La introducción de una vía reparatoria dentro del Derecho penal conlleva una discusión respecto de cuáles son los alcances materiales de una solución que se realmente resuelva el conflicto de forma tal que se restablezca la paz social. Estos mecanismos alternativos reparatorios comenzaron a implementarse en América Latina luego de la aprobación del Estatuto del Niño y el Adolescente en Brasil y por la Incidencia de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)²⁹, en el entendimiento de que se trataba de un tipo de mecanismo de exclusiva aplicación en el ámbito de la justicia juvenil.

En Argentina, respecto de las soluciones o mecanismos procesales, el Derecho público provincial contiene en muchas jurisdicciones dispositivos procesales que incluyen mecanismos asimilables o cercanos a lo que se entiende por "justicia restaurativa"³¹. Al igual que lo ocurrido con las leyes de

En el lenguaje de estas normas, se llama *remisión* a lo que técnica y conceptualmente no es más que una forma de lo que en derecho procesal penal se conoce como “principio de oportunidad procesal”: la facultad discrecional del Ministerio Público Fiscal para resolver qué casos se llevan a la justicia penal y qué casos no³². Esa discrecionalidad debe desarrollarse dentro de regulaciones marco ya que, a diferencia del modelo adversarial anglosajón, nuestro

La dificultad que se plantea en la práctica con todos los mecanismos y/o salidas alternas a la justicia juvenil o al juicio, se vincula con el contenido del programa y/o de la reparación que se determine en cada oportunidad. Como en la mayoría de los casos se utilizan estas formas por remisión al sistema procesal penal de adultos, su implementación pierde de vista el principio de especialidad el cual, de aplicarse, introduciría una finalidad socioeducativa o de reintegración social en el mecanismo o medida. Por ese motivo una aplicación automática de las

245 (Formas de terminación anticipada del proceso...).

31- En la República Argentina, en razón del modelo federal, el Derecho público provincial regula algunas de estas medidas. Otra figura que se usa con frecuencia en el derecho argentino es la suspensión del Juicio a prueba, que como se sabe no se trata de la probation del derecho anglosajón. En la mayoría de los casos, la suspensión del Juicio a prueba implica alguna solución de tipo reparatorio, si bien el consentimiento de la víctima no es vinculante para que el Juez la otorgue. No obstante, se diferencia esta salida de las que se pueden implementar como diversión en que en este último caso ni siquiera se ha iniciado un proceso pena. Por mencionar algunos ejemplos: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley n° 2.451 "Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"; Título VIII (Vías alternativas de resolución de conflictos), arts. 54/75; Córdoba: Ley n° 9944 "Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba", Cap. 1/85 (Vía alternativa de resolución de conflictos), y el art. 86 bis (Aplicación de normas) remite al Código Procesal Penal de la provincia (Ley n° 8123) en cuanto a las reglas de disponibilidad de la acción (Sección Segunda - Reglas de disponibilidad de la acción penal, arts. 13 bis/quince) y de la suspensión de prueba (Título 4 - Suspensión del proceso a prueba, art. 360 bis); Chubut: "Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut" (Ley XV-9- antes Ley n° 5.478 -), y art. 407 (Mediación); Entre Ríos: Ley n° 10.450, Cap. X, arts. 112/118 (De los medios alternativos al proceso penal y/o la sanción de la víctima y el adolescente), art. 64 (Promoción de acción penal y archivo), y 86 (Suspensión del proceso a prueba). Por otro lado, la ley n° 2.879 crea el Programa de mediación penal en el ámbito del Poder Judicial para poner en práctica el principio rector establecido en el art. 64 de la Ley n° 2.302 y en el art. 17 del Código Procesal Penal (Ley n° 2.784); y Provincia de Buenos Aires: Ley n° 13.634, art. 1 dispone la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la provincia (Ley n° 11.922), Cap. IV, art. 404 (Suspensión del proceso a prueba).

33.- En otras jurisdicciones como la Argentina, se considera como facultad judicial. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la ley 2451 regula la remisión. En el artículo 199, el artículo 200 y el artículo 201 de resolución del conflicto" (art. 53). En el art. 75, dispone que: "La persona menor de dieciocho (18) años de edad sometida a proceso podrá por sí, o a través del/la Defensor/a requerir que se examine la posibilidad de continuar el proceso, tomando en cuenta la gravedad del delito, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. También procederá a pedido del/la Fiscal Penal Juvenil. El/la Juez/a Penal Juvenil puede actuar de oficio. Si el/la Juez/a considera admisible el pedido convocará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con el/la imputado/a y la víctima, podrá resolver remitir a la persona menor de dieciocho (18) años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la Institución que los realice, extinguiendo la acción. El auto que decide la remisión será apelable por aquellos que hubieren manifestado su oposición en la audiencia. No procederá la remisión cuando se trate de causas relacionadas con causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I [Capítulo I.- Delitos contra la vida] y Título III [Delitos contra la integridad Sexual], y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectúen dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho."

previsiones de la ley procesal general para no iniciar los procesos o bien para terminarlos de forma anticipada, puede ser interpretada por los adolescentes como una respuesta de impunidad, lo cual conspira contra el ideal de integración o reintegración social, además de desconocer los derechos de las víctimas³⁴ y de la sociedad en su conjunto.

V. Una política criminal juvenil en clave con el Derecho Internacional de los derechos humanos requiere hacer prevalecer los derechos de protección sobre los derechos de defensa, involucrar a todos los actores con responsabilidades institucionales y a todas las jurisdicciones, y comprometerse seriamente no solo con las víctimas o con los niños perpetradores de una situación trágica³⁵, sino con toda la sociedad.

Tomarse en serio los derechos de los niños, niñas y adolescentes requiere de recursos económicos que permitan incrementar las políticas sociales en lugar de aumentar el campo de intervención del sistema penal (política que incluya más maestros, médicos, profesores de deportes, de teatro, arte y de música, y menos policías, fiscales, jueces y defensores penales).

Quizás sea el momento de "desabogadizar" o "desjuridificar" el tema de la justicia juvenil; y que los abogados cedamos el centro del ring en las discusiones sobre justicia juvenil.

Una sociedad que piensa más en castigar a sus jóvenes que en generar las condiciones para que ellos crezcan y se desarrollen al margen del delito y la violencia revela una miopía severa y compromete seriamente su futuro.



34- CADH, art. 25; Declaración Universal sobre Derechos Humanos, art. 8; Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad; y Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

35- RESTA, Eligio, *La infancia herida*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008.