

UNIVERSIDAD DE GINEBRA
CERTIFICADO DE ESTUDIOS AVANZADOS EN JUSTICIA
JUVENIL



TITULO: “ Las prácticas restaurativas como formas alternativas al proceso”

TRABAJO DE FIN DE ESTUDIOS PRESENTADO POR:
MILAGROS PIERRI ALFONSIN

TUTOR/A:

En 16 de septiembre de 2019

TITULO: “ Las prácticas restaurativas como formas alternativas al proceso”

Resumen:

El trabajo cuenta con una introducción (Punto I) en la que se expresa en forma específica el objetivo del presente. Luego, se desarrollan , en diferentes puntos los argumentos que hacen a la fundamentación de la afirmación y objetivo del trabajo: El principio de especialidad y principio de diferenciación: sistema penal juvenil especializado. Niños, Niñas y Adolescentes: sujetos diferentes (Punto II); Fin específico de las respuestas del Estado a los hechos cometidos por niños y adolescentes (Punto III); A sujetos diferentes, sistemas diferentes. La respuesta que da el Estado a un acto cometido por un adolescente debe expresarse en consecuencias jurídicas ABSOLUTAMENTE DIFERENTES de las que se aplican en el sistema general de adultos (Punto IV); La Justicia Restaurativa como primera respuesta. Medidas alternativas en la justicia juvenil: un enfoque de derechos humanos (Punto V); Logros y desafíos pendientes (Punto VI); Palabras finales (Punto VII).

I.Introducción y objetivos del trabajo:

“No camines delante de mí, puede que no te siga.

No camines detrás de mí, puede que no te guíe.

Camina junto a mí y sé mi amigo”

Atribuido a Albert Camus

Tal como lo establecen las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, la justicia debe ser amiga de los niños. No debe caminar delante de ellos, puede que no la sigan. No debe caminar detrás de ellos: no deben cargar con la responsabilidad de guiarla. Debe caminar junto a ellos y ser su amiga.

Estoy convencida de que la primera respuesta que debe dar el Estado a los hechos cometidos por adolescentes debe necesariamente basarse en la aplicación de las formas alternativas al proceso – entre ellas, las prácticas restaurativas en concreto- . Ello en concordancia con los estándares internacionales del *corpus juris* de la infancia y adolescencia que se desarrollarán.

Intentaré demostrar ,con los debidos fundamentos, dicha afirmación. Entiendo que para ello es fundamental entender la especialidad de los sujetos de que se trata. Solo de este modo, considerando que se trata de personas que tienen derechos especiales de

protección, a los que se corresponden deberes especiales de protección, comprenderemos el fin especial y específico que deben tener las respuestas que de el Estado. Y que éstas deben ser totalmente diferentes a las que se den frente a los actos cometidos por adultos. Es decir, estamos frente a sujetos diferentes (personas en desarrollo), con responsabilidades diferentes, y a quienes el Estado otorgará respuestas diferentes dentro de un sistema penal juvenil diferente.

A través de la aplicación de los métodos alternativos y muy en especial de las prácticas restaurativas, se logra dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por mi país al ratificar y darle jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño (CDN) (Art. 75 inc 22 Constitución Nacional- CN) que se desarrollarán en este trabajo.

II. El principio de especialidad y principio de diferenciación: sistema penal juvenil especializado. Niños, Niñas y Adolescentes: sujetos diferentes.

Cuando hablamos de un régimen penal juvenil, claramente es porque se trata de sistema especializado y diferenciado del sistema penal de adultos. Así lo manda el *corpus juris* de la infancia y adolescencia ¹.

Debemos considerar las características esenciales de los especiales sujetos a los que está dirigido el sistema penal juvenil: a niños y adolescentes que aún no están formados y sobre quienes las medidas que se dispongan tendrán especial incidencia.

Es decir, se trata de una persona menor de edad y que por su inmadurez intelectual, psíquica y física se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad y que por tanto requiere de cuidados y protección especiales. Las neurociencias, que tantos aportes realizan en la actualidad, explican cómo el córtex prefrontal de los adolescentes no se encuentra totalmente desarrollado. (Esa es justamente la parte del cerebro que dirige el autocontrol, los impulsos, la toma de decisiones y rige las relaciones sociales.) Es decir que el adolescente biológicamente no está capacitado para controlar sus impulsos.

¹ Art. 5.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos: jóvenes procesados separados de los adultos y Tribunales especializados.

Art. 40. 3 Convención de los Derechos del Niño: leyes, procedimientos, instituciones, autoridades, específicas para los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Entonces, tenemos este primer punto de partida: la especialidad de los sujetos a quienes se va aplicar el régimen penal juvenil: adolescentes que por su vulnerabilidad, tienen derechos especiales de protección a los que les corresponden deberes especiales de protección por parte del Estado ².

Un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de un delito de una persona menor de 18 años acorde con la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, “CDN”), debe establecer que ellos responden por sus delitos en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad – una capacidad disminuida- para autodeterminarse, a partir de determinada edad.

En un sistema de este tipo, la responsabilidad penal del joven por el acto cometido debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema general de adultos, tal como lo veremos.

Este sistema de justicia juvenil reconoce entonces a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en el marco de un proceso penal según la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales aplicables, más garantías específicas.

Es decir, que se les reconoce todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por tratarse de personas en vías de desarrollo, evolución y formación.

El “plus” de protección implicará por tanto la aplicación de todo el bloque normativo vinculado a infancia y adolescencia, caracterizado por la recepción del modelo de protección integral.

En consonancia con este estatus legal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha establecido expresamente en su Opinión Consultiva N°

² Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos : todo niño tiene derecho a las medidas de especial protección por parte de la familia, sociedad y Estado.

Art.3 Convención de los Derechos del Niño : “ 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

17/2002 (párrafo 54) que : “ *los niños poseen todos los derechos que corresponden a los seres humanos- menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado*”.

Este bloque normativizó el denominado “sistema de la protección integral de derechos” y por tanto, son las pautas y principios rectores que emanan de él las que deben aplicarse.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de mi país, Argentina, (en adelante, “CSJN”) ha sostenido la naturaleza operativa de los tratados internacionales de derechos humanos desde el caso “ Miguel A. Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich y otros” ³. Específicamente, en materia penal juvenil esta posición ha sido sostenida en el caso “Verbitsky, H. s/ Habeas Corpus” ⁴ en el cual se refirió a la existencia de un *corpus juris* internacional de protección de los niños integrado – entre otros instrumentos- por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) y la CDN. Asimismo, menciona el caso de la Corte IDH de los “ Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs Guatemala” del año 1999. Casi textualmente se citan las cláusulas de la CDN, lo que permite concluir que ellas son derecho vigente en el país, lo que constituye un avance fundamental en la protección de personas detenidas en general y de niños en particular.

En la misma línea, la CSJN en el caso “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”⁵ (2005) sostuvo que el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la CN, CDN, CADH (Pacto de San José de Costa Rica), PIDESC, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores. Afirmó que “... *partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante,*

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación -07/07/1992- LA LEY1992-C, 543 – Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional – Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005 , 83, con nota de Pablo Luis Manili; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional – Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial LA LEY 2002 , 438, con nota de Alberto Ricardo Dalla Via.

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. 856. XXXVIII. RECURSO DE HECHO “ Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus.”, 3 de mayo del año 2005

⁵ **Corte Suprema de Justicia de la Nación – 07/12/2005 – Fallos: 328:4343**

de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la 'situación irregular'- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.

En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” .

En síntesis el caso “Maldonado” es el primer caso en el que la CSJN interpreta la CDN con calidad técnica. Una solución que debe celebrarse junto a la argumentación así desarrollada.

Estos principios de especialidad y diferenciación establecidos en la normativa nombrada (Arts 5.5 y 19 de la CADH, y arts. 3 y 40.3 de la CDN) y desarrollados en los precedentes mencionados, son mandatos constitucionales que han sido reforzados en el fallo “ Mendoza y Otros Vs. Argentina” de la CIDH (05/2013) ⁶:

-Principio de especialidad/ especialización (Art. 5.5 Conv Am) “La implementación de un sistema de justicia diferente del sistema penal de adultos integra el catálogo de garantías que las normas de orden internacional, regional y local de derechos reconocen a los NNYA como sujetos plenos de derechos, en tanto “plus” de protección que su condición impone (OC N 17).”

-Principio de trato diferenciado: aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a su “ desarrollo físico como psicológico”, como por sus “necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil. (Observación General N°10). Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños.

⁶ El 14 de mayo de 2013 la Corte Interamericana de Derechos emitió una Sentencia, mediante la cual declaró internacionalmente responsable a la República Argentina por las violaciones de derechos humanos cometidas al haber impuesto penas de privación perpetua de la libertad a cinco personas por delitos cometidos durante su infancia.

Por tanto, por lo así desarrollado, queda claro que en la justicia juvenil, la especialidad y la diferenciación son principios rectores en la materia.

III. Fin específico de las respuestas del Estado a los hechos cometidos por niños y adolescentes.

Ahora bien, nos ocuparemos de la finalidad específica de las respuestas del Estado a los hechos cometidos por niños y adolescentes. Es que, ellas tienen que estar dirigidas a estas personas de especial vulnerabilidad y que requieren especial protección.

En efecto, siguiendo las disposiciones pertinentes de la CDN, puede advertirse que el Estado Nacional ha adoptado, con rango de garantía (conforme art 75 inc. 22 CN), un fin específico de intervención estatal en la gestión de aquellos conflictos que tengan como protagonistas a las personas en desarrollo. Tal como lo establece el art. 40 CDN el fin debe ser la promoción de la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Dichos fines constituyen un mandato constitucional de ineludible consideración. La CIDH así lo ha resaltado en el caso "Villagrán Morales y Otros Vs Guatemala" ya mencionado: "*cuando el aparato estatal tenga que intervenir por infracciones cometidas por NNYA, deberá realizar sus MAYORES ESFUERZOS en garantizar la REHABILITACION de aquellos, para que puedan lograr y asumir un rol participativo y constructivo en la sociedad*". En la misma línea, la CIDH también hizo referencia a este fin específico en el caso Mendoza vs Argentina ya nombrado también. El Tribunal consideró que las penas privativas de libertad perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños. En consecuencia, la CIDH estimó que el Estado argentino violó el artículo 5.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, al imponerles como penas la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente.

IV. A sujetos diferentes, sistemas diferentes. La respuesta que da el Estado a un acto cometido por un adolescente debe expresarse en consecuencias jurídicas ABSOLUTAMENTE DIFERENTES de las que se aplican en el sistema general de adultos.

Este fin específico que mencionamos en el punto anterior debe alcanzarse a través de una respuesta del Estado especial y diferenciada también a la de los adultos. Una

respuesta que signifique consecuencias jurídicas ABSOLUTAMENTE DIFERENTES de las que se aplican en el sistema general de adultos. Nos referimos a un sistema de justicia juvenil en el cual la regla es la libertad y lo alternativo y excepcional es la privación de la libertad.

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil. Se trata de los artículos 12, 37 y 40⁷.

El artículo 12, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Se trata del derecho a ser oído –luego retomado por el art. 40–, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio como defensa material, sino que hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia. El artículo 37, articulado con la Regla 11b de las Reglas para la Protección de los Menores privados de Libertad, en cuanto regula la privación de la libertad. Finalmente, el artículo 40, en cuanto establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de dieciocho años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito. Establece por tanto el compromiso del Estado parte de adoptar medidas para tratar a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, sin recurrir a sistemas judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales. Dispone en el inc. 3 y 4 del art. 40 formas alternativas al proceso y a la pena para la solución del conflicto.

Este art. 40 inc 3 “b” es el fundamento normativo de las soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico- penal. Surge también de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)⁸, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)⁹, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas

⁷ “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, Mary Beloff. Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002.

⁸ En particular en la Directriz 5 y en la 6: “Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social” y en la 58 : posibilidad de programas de remisión a otros servicios; fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal (es decir, colocar a los jóvenes en conflicto con la ley penal FUERA del sistema de justicia penal de adultos).

⁹ Art. 17 : suspensión del proceso en cualquier momento; Art.18: Pluralidad de medidas resolutorias.

sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) ¹⁰, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riadh)¹¹ , entre otros.

Asimismo, dichas pautas rectoras tienen relación directa con los denominados principios de ultima ratio, subsidiariedad y mínima intervención vigentes en el sistema penal y reforzados en el sistema penal juvenil a través del principio de desjudicialización, en el interés superior de la persona en desarrollo. (Art. 3 CDN)

En el contexto enunciado las disposiciones del inc. 3º y 4º del art. 40, CDN, se complementan de forma tal de hacer operativa la garantía de desjudicialización establecida en cuanto importa la implementación de respuestas menos lesivas y muchas veces más efectivas para enfrentar el conflicto que tiene por parte a un niño o adolescente.

Del marco normativo constitucional desarrollado hasta aquí surge claro el compromiso Nacional asumido por mi país, Argentina, en aplicar a todos los procesos seguidos a las personas menores de edad aquellos institutos penales y procesales tendientes a morigerar y relegar los efectos estigmatizantes y negativos que conlleva el proceso penal formal. En este sentido, la CDN proporciona la base para las “4D” típicas de la Justicia Restaurativa: Desjudicialización, Discriminilización, Desinstitucionalización y Due Process (Proceso Debido).

En la misma línea, en la Observación General N º10 (“ Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes”) se destaca que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de niños, niñas y adolescentes en conflicto de la ley. Para lograr la efectivización de aquellos objetivos, la privación de libertad debe ser la

¹⁰ Art. 1.1: Reconocen como objetivo fundamental la promoción de la aplicación de medidas no privativas de la libertad. Asimismo establece que se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los Tribunales (2.5), las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención (2.6), enunciando en el art 8º medidas no privativas de la libertad

¹¹ La Directriz 5 ordena que deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. Directriz 6. “(...) Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social.” Directriz 58 “...ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal”

excepción – y por el tiempo más breve posible-. La regla debe ser necesariamente la aplicación de los métodos alternativos al proceso.

Es que si consideramos la etapa evolutiva en la que se encuentran los niños y adolescentes, no resulta difícil comprender el enorme impacto que tiene sobre ellos la detención y el encarcelamiento.

Ello tiene consecuencias muy fuertes para los niños, especialmente para su salud física y mental. Las personas menores de edad pueden ser también víctimas de ataques violentos y abusos de otros detenidos, a veces instigados o tolerados por el personal de seguridad. Pensemos especialmente en las adolescentes mujeres, que son detenidas con menos frecuencia que los varones. Por ello normalmente suele haber menos centros de detención para ellas y terminan en centros de detención de mujeres adultas. Asimismo, en muchos países, las niñas ya tienen hijos- “ madres jóvenes”- y ello constituye un gran problema. Si tienen al bebé con ellas, deben velar porque ellos reciban toda la atención médica, alimentaria, higiénica que requieren. Si aquellos se encuentran separadas de ellas, se les presentan innumerables obstáculos para concretar las visitas de ellos con aquellas a los centros.

V. La Justicia Restaurativa como primera respuesta. Medidas alternativas en la justicia juvenil: un enfoque de derechos humanos

Los tradicionales objetivos de la justicia penal retributiva - represión, castigo- deben ser sustituidos por una justicia especial con objetivos, como vimos, totalmente diferentes- restaurar el daño, rehabilitación y reinserción del adolescente- a través de prácticas positivas de Justicia Restaurativa.

Estas se basan en la creencia de que las partes de un conflicto deben estar activamente involucradas para resolver y mitigar sus consecuencias negativas.

Conforme lo expresado en el punto anterior, la justicia penal juvenil debe orientarse por un modelo de sistema penal mínimo en concordancia con la protección de los derechos de NNYA, que considere al derecho penal como *extrema ratio* y la aplicación de penas privativas de libertad como la *ultima ratio*.

¿Cuál es entonces la primera respuesta que debe dar el Estado a los hechos cometidos por adolescentes? Una respuesta restaurativa mediante la aplicación de medidas alternativas al proceso penal y a la privación de libertad.

La Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa refleja el trabajo, articulación y toma de conciencia que, a lo largo de los últimos años, han venido realizando los Estados en aras de concretar un cambio de paradigma que privilegie la implementación de medidas restaurativas y asegure que la privación de la libertad será utilizada como último recurso y durante el plazo más breve posible. A su vez, promueve la responsabilidad pública –al favorecer la inclusión de la comunidad en la solución de los conflictos de naturaleza penal–, la desjudicialización y la evaluación de los impactos de las medidas privativas y no privativas de libertad mediante informes biopsicosociales que permiten su revisión periódica.

Ahora bien, ¿qué entendemos por “Justicia Restaurativa”? La ONU establece que es una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de víctimas, ofensores y la comunidad. Este tipo de Justicia enfatiza la sanación de las heridas causadas a las víctimas y a la sociedad sobre el castigo del infractor.

La define como una nueva forma de gestionar el delito, una nueva forma de abordar el delito para la persona adolescente, la víctima y la comunidad.

Cuando se comete un delito, se daña a la víctima, pero también se daña a la persona adolescente, el delito pone en problemas a la persona adolescente, quien necesitará contención, ayuda y acompañamiento para comprender que sus acciones impactan en otras personas.

En todo proceso restaurativo, la resolución de los conflictos se aborda desde un enfoque educativo. El adolescente se enfrenta al hecho con sus consecuencias, se le otorga la posibilidad de forma positiva de resolver el problema y de reflexionar sobre su vida. Se le van a ofrecer herramientas y medios que contribuyan a su mejor desarrollo personal y social. Como se dijo, la educación juega un rol decisivo en los procedimientos restaurativos.

La Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa establece: *“Los Estados Iberoamericanos velarán para que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor, sino que comporten un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación.*

Por eso, para la Justicia Restaurativa los participantes esenciales son: víctima, ofensor, comunidad. No hay un solo modelo para esta Justicia. Ellos varían según las tradiciones

de cada cultura y sociedad. Entre ellas, encontramos la remisión, la suspensión del juicio a prueba, la mediación, los acuerdos restaurativos, entre otros.

Todas ellas son prácticas transformadoras tendientes a restablecer derechos vulnerados acentuando la calidad de un proceso humano más que la obtención de un resultado. Permiten a las víctimas tener voz, expresarse, decir cuáles son sus sentimientos, necesidades. A los infractores, internalizar la responsabilidad y darles protagonismo también en la autocomposición del conflicto. Permiten también a la comunidad trabajar sobre la construcción de seguridad fundada en la confianza comunitaria y además, que para mí es lo más importante, le da la posibilidad a la comunidad de darle una oportunidad al joven para que se reinsera, porque ello es responsabilidad de todos.

En algunos de sus institutos – mediación, círculos restaurativos- se procura la reparación. El acuerdo al que se arribe debe: 1) obedecer a cada situación específica y contextualizada y no responder a estándares preestablecidos, por lo que debe ser flexible, creativo y al mismo tiempo presentar características singulares que favorezcan su cumplimiento efectivo, 2) ser redactado en lenguaje comprensible para los involucrados, 5) en sistema de responsabilidad penal juvenil anclado en los principios de Justicia Restaurativa la reparación no se limita a una comprensión material o económica, sino también todas aquellas formas que representen para las partes la reparación y satisfacción de sus necesidades e intereses.

Las prácticas restaurativas suponen una visión diferente del derecho penal tradicional y tiene como principios básicos: a) interés superior, b) protección integral, c) derecho a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, d) mínima intervención, e) agilidad, f) flexibilidad, h) oportunidad, i) proporcionalidad, j) desjudicialización y desformalización, k) gratuidad, l) participación social y comunitaria, m) interdisciplina, n) especialidad y especificidad, o) interpretación *pro minoris* y *pro homine*, p) autocomposición.

Estos principios tienen que aplicarse y articularse entre el Poder Judicial, Fiscales, Defensores, Mediadores, Equipos técnicos y el conjunto que conforma el sistema de protección integral de NNYA, sin perder de vista la importancia que tiene el involucramiento de las ONG y organizaciones sociales sin fines de lucro que tengan por destinatario a NNYA.

Siempre debe distinguirse la especialidad del sujeto con el que se trabaja: un adolescente en estado evolutivo, en plena evolución intelectual, emocional, educativa y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta.

En todos los procesos de Justicia Restaurativa deben generarse mecanismos de consulta y participación del adolescente- conforme art. 12 de la CDN-. Para ello se le debe garantizar su derecho a la información.

Al respecto, la Observación General N° 3/ 2003 “vih/ SIDA Y Los derechos del niño” ha mantenido que : *“ Se ha comprobado que las intervenciones resultan más beneficiosas para los niños cuando éstos efectivamente participan activamente en la evaluación de las necesidades, en la determinación de las soluciones, en la formulación de estrategias y en su aplicación que cuando son meros objetos de las decisiones adoptadas. A este respecto, debe promoverse activamente la participación del niño..”*

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 39, establece expresamente que reconoce a los NNYA como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad.

La aplicación de estas prácticas restaurativas permite contar con una mirada integral e interdisciplinario de la problemática. La interdisciplina es un principio rector dentro de esta nueva justicia juvenil. La realidad no se puede fragmentar para entenderla, porque no está hecha de elementos que interactúan sino de procesos en retroalimentación dinámica y en múltiples niveles. La realidad es percibida como un todo y es comprensible de la realidad adolescente. Este modo de percibir la realidad se torna imperante cuando hablamos de la justicia juvenil .Es una condición sine qua non para alcanzar sus objetivos.

Como dijimos, la aplicación de la Justicia Restaurativa también evita los efectos negativos y estigmatizantes de la privación de libertad; humaniza el proceso; genera procesos de reflexión y responsabilización; aporta el valor de la participación social y comunitaria; constituye modelos pedagógicos vivenciales y participativos.

Finalmente, resulta importante destacar que las prácticas restaurativas se encuentran enfocadas en la resignificación del adolescente en su comunidad- tal como lo manda el art. 40 CDN. Ello puede lograrse a través de diferentes metodologías, pero lo importante en mi opinión consiste en el fortalecimiento de la red subjetiva del joven y de su factores de protección a través del involucramiento de su familia o red de apoyo. También, a través de la generación de una red de contención institucional que brinde oportunidades reales articulando sectores sociales, estatales y empresariales.

En la misma línea, entiendo imprescindible que se apliquen Programas de Rehabilitación, Reinserción e Inserción para los jóvenes en conflicto con la ley y que se elaboren estrategias educativas, laborales, socio- familiares y recreativas, con la correspondiente perspectiva de étnica y género.

Estos Programas deben : apoyar las transformaciones subjetivas del joven (ya sea en lo relativo a una proyección personal, a la evitación de riesgos, o a la resolución de conflictos); vehiculizar el acceso a derechos mediante la inserción asistida en instituciones escolares, de salud, recreativas, deportivas, etc.; intervenir en los entornos barriales o comunitarios del joven, en especial en sus usos del barrio, las relaciones sociales y afectivas, y las formas de discriminación de que es objeto; dotar de recursos específicos: talleres de formación laboral, pautas de comportamiento en situaciones específicas, desarrollo de habilidades y competencias (para la resolución de problemas y conflictos, el traslado en la ciudad, el acceso a instituciones, etc.); responsabilizar al joven (que puede ser comprendida como la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad social incluyendo a la víctima, la responsabilidad moral respecto del incumplimiento de la ley); extraer al joven del ámbito de la ley penal y de los “circuitos del delito”, esto es, la evitación de la reiterancia delictiva (“desistimiento delictivo”) ¹².

La Observación General N°10 ya mencionada ha mantenido al respecto que : “7. *Muchos niños que tienen conflictos con la justicia también son víctimas de discriminación, por ejemplo cuando tratan de acceder a la educación o al mercado de trabajo. Es necesario adoptar medidas para prevenir esa discriminación, entre otras cosas, prestando a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley ex delinquentes apoyo y asistencia apropiados a efectos de su reintegración en la sociedad y organizando campañas públicas en las que se destaque su derecho a desempeñar una función constructiva en la sociedad (art. 40 1).”*

VI. Logros y desafíos pendientes.

Conforme surge de un relevamiento efectuado en el año 2018 surge que en Argentina solamente en cuatro de las veinticuatro jurisdicciones del país las medidas alternativas no se usan o bien se usan muy escasamente y se encuentran muy débilmente instaladas ¹³. En las otras localidades, según los/as entrevistados/as, en los últimos años al menos algún tipo de medida alternativa se ha comenzado a aplicar.

¹² Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en la Argentina, UNICEF, Agosto 2018, Buenos Aires

¹³, Argentina. En La Rioja, San Juan, San Luis y La Pampa, difícilmente se utilizan medidas alternativas al proceso penal. En La Rioja, únicamente se utiliza la reparación, en forma de

Sin embargo, más allá de este dato auspicioso, lo que prevalece es la disparidad y heterogeneidad en el grado de formalización de su aplicación. Solo en algunas jurisdicciones se ha avanzado en acompañar de estructuras institucionales la implementación de este tipo de medidas y se han diseñado dispositivos específicos. En muchos casos, los dispositivos que se usan para efectivizarlas no son especializados en personas menores de edad (oficinas de mediación penal, de suspensión de juicio a prueba, etc.).

Además, 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.)¹⁴.

Más allá de algunas resistencias, en el contexto argentino 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 en delitos de menor cuantía. Esto es, salvo algunos casos excepcionales, las medidas alternativas al proceso penal se utilizan casi exclusivamente para delitos leves.

Sin perjuicio de ello, a nivel mundial, resulta preocupante la resistencia que aún ofrecen muchos países a la sustitución de las sanciones clásicas, especialmente la privación de la libertad, por las prácticas restaurativas para poder así dar cumplimiento a lo establecido en el art. 40 inc 1 de la CDN. Los esfuerzos realizados para atender a los jóvenes en conflicto con la ley penal en consonancia con lo establecido por la CDN son muchas veces casi inexistentes. A menudo sucede que el encarcelamiento o la detención no solo no son el último recurso, sino el primero, o el único. Muchas veces no existe otra alternativa en la ley o en la práctica.

Por tanto, tanto en Argentina como en los países donde ésta es la realidad, resulta una necesidad imperante que dichos Estados introduzcan una justicia juvenil restaurativa

perdón, reparación económica o devolución del bien, y su uso es muy marginal. En San Juan, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal en marzo de 2017, no se había instrumentado ninguna medida alternativa. En La Pampa, no se usan, y solamente se usa de manera muy infrecuente la suspensión del juicio a prueba.

¹⁴ Investigación sobre medidas no privativas de la libertad, y alternativas al proceso judicial en la Argentina, UNICEF, Agosto 2018, Buenos Aires, Argentina

que permita la real efectivización de los derechos y principios mantenidos en la CDN. Entre ellos, el principio de especialidad establecido en el art. 40 inc 3 de la CDN.

El uso de medidas que permitan garantizar el principio de privación de libertad como último recurso es aún hoy un desafío a nivel mundial, en parte por la falta de confianza de los actores del Poder Judicial en las sanciones no privativas de libertad y en parte por la escasez o existencia de ellas a nivel legislativo. Por eso entiendo fundamental que se realicen las reformas normativas necesarias para que la aplicación de las medidas privativas de la libertad obedezca a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, flexibilidad y tratamiento individualizado. Deben emprenderse investigaciones, proyectos pilotos, para evaluar qué medidas legislativas son necesarias adoptar para lograr la construcción de bases sólidas para una práctica sostenible de la justicia juvenil restaurativa.

Asimismo, en los últimos años se han implementado políticas y prácticas represivas que contraproducentemente pudieron haber contribuido al recrudecimiento de la violencia juvenil. Es por ello que considero que los Estados deben asignar los recursos necesarios e implementar las políticas criminales con un claro enfoque de Prevención, Rehabilitación, Re-inserción e Inserción.

A nivel presupuestario entiendo que los Estados deben realizar una asignación financiera que permita el fortalecimiento del sistema penal juvenil. Los Estados deben dotar a las instituciones encargadas de los sistemas de medidas no privativas de libertad de recursos humanos, materiales y técnicos indispensables para materializar las resoluciones judiciales.

Sumamente indispensable resulta también la capacitación y especialización de todos los operadores que estén en contacto con NNYA en los sistemas de justicia penal juvenil. En forma correlativa, es necesaria la adopción de políticas de recursos humanos que permitan la selección del personal idóneo para el tratamiento con adolescentes.

Finalmente, entiendo deben desarrollarse estrategias de prevención, que favorezcan la reducción de factores de riesgo de los adolescentes. El foco debe estar en trabajar fuertemente con el adolescente en la construcción de un proyecto de vida alejado del conflicto con la ley penal.

VII. Palabras finales.

Como decía el jurista alemán Radbruch (1956) debemos *“dar a nuestra sociedad no un mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal.”*

Debemos darles a los adolescentes algo mejor que el derecho penal, y la Justicia Restaurativa nos abre las puertas para lograrlo. La Justicia Restaurativa ha entrado con mucha fuerza como una alternativa creativa y constructiva.

Tal como hemos analizado, el contar con mecanismos de Justicia Restaurativa es una de las exigencias que el Derecho Internacional de los derechos humanos impone a los Estados en esta materia.

Como vimos, hemos logrado importantes avances en materia de justicia penal juvenil. Las prácticas restaurativas dan respuestas a la infracción de un adolescente de un modo mucho más constructivo que aquellas brindadas por el sistema punitivo tradicional.

Sin embargo, queda mucho camino por recorrer. Tal como decía Antonio Machado, “*Caminante no hay camino, se hace camino al andar*”. Y como vimos en las líneas introductorias, es nuestra intención caminar junto a los niños y adolescentes en conflicto de la ley penal.

Debemos trabajar para que, tal como lo establece la CDN, la privación de libertad sea realmente el último recurso y la aplicación de las prácticas restaurativas la primera respuesta que de el Estado. Para lograrlo, debemos entender el sistema penal juvenil de forma amplia ,con participación activa y comprometida no sólo de los Jueces, Fiscales, Defensores, Asesores sino de todos los operadores del sistema de protección integral que tienen contacto con los adolescentes en conflicto con la ley. Debemos aprender a trabajar en red, en forma articulada, e interdisciplinaria . Solo así quedará demostrada la eficacia y efectividad de las medidas alternativas y prácticas restaurativas en lograr el fin especial y específico en cuanto a la resignificación del adolescente (art. 40 CDN).

Debemos luchar contra la falta de consenso social sobre el modo de gestión estatal del delito juvenil, cuya tendencia es en general hacia un mayor punitivismo. No solo porque dicho camino nos conduce en dirección contraria a los principios rectores y de derechos humanos que se han desarrollado en el presente trabajo del *corpus juris* de la infancia y adolescencia, sino porque la experiencia y la realidad han demostrado que “la mano dura” no funciona.

Debemos desarrollar estrategias innovadoras, creativas, funcionales y respetuosas de los mandatos constitucionales que hemos asumido. Debemos actuar, cada uno de nosotros, en forma comprometida en asumir el liderazgo en este camino de transformaciones en términos de encontrar nuevas y eficientes formas de intervención psicosocial.

Debemos hacerlo. Se lo debemos a ellos, a los niños y adolescentes, y a nosotros mismos en cuanto miembros de una comunidad. Es que, tal como dijo el líder mundial Nelson Mandela, : “ *No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad, que la forma en la que trata a sus niños.*”