

Revista Brasileira de Ciências Criminais

2019

RBCCRIM VOL. 158 (AGOSTO 2019)

DOSSIÊ JUSTIÇA JUVENIL – SISTEMA DE JUSTIÇA JUVENIL EM PERSPECTIVA COMPARADA: DISCUSSÕES TEÓRICAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA DOUTRINA ESPECIALIZADA

12. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO JUSTIÇA: GARANTÍAS, PROTECCIÓN ESPECIAL Y REPARACIÓN DEL CONFLICTO COMO BASE DE LA POLÍTICA CRIMINAL JUVENIL

12. Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil**Restorative justice as justice: guarantees, special protection and conflict reparation as the basis of juvenile criminal policy**

(Autor)

MARY BELOFF

*Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. mbeloff@derecho.uba.ar***Sumário:**[Introducción](#)[Consideraciones finales](#)[Bibliografía](#)**Área do Direito:** Penal**Resumen:**

Este trabajo indaga sobre diferentes características de la justicia juvenil latinoamericana, a partir del amplio corpus juris de protección de derechos humanos de niños que rige en la región, con la finalidad de reflexionar sobre cuál debe ser el contenido de la política criminal juvenil. En particular, se consideran las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos en relación con la implementación de diferentes mecanismos de justicia restaurativa (procesales y sustantivos) respecto de adolescentes penalmente responsables. Finalmente, se analiza su concreta regulación en diferentes leyes, así como las dificultades que se plantean a la hora de implementarlas, sobre todo respecto de la necesidad de producir transformaciones institucionales que hasta la fecha se encuentran ausentes pero que resultan imprescindibles para desplazar el eje de la política criminal juvenil desde la represión, hacia la prevención.

Abstract:

This paper explores Latin American juvenile justice systems, vis à vis the broad corpus juris on the protection of children's human rights that prevails in the region, in order to precise on what the content of juvenile criminal policy should be. In particular, the requirements of international human rights law are considered in relation to the implementation of different mechanisms of restorative justice (procedural and substantive) regarding juveniles. Finally, its specific regulation in different laws is analyzed, as well as the difficulties that arise when implementing these mechanisms, above all with regard to the need to produce institutional transformations that to date are absent but that are essential to displace the axis of youth criminal policy from repression to prevention.

Palabras Clave: Justicia Juvenil – Justicia Restaurativa – Derechos Humanos – Política Criminal**Keywords:** Juvenile Justice – Restorative Justice – Human Rights – Criminal Policy**Introducción**

El¹ objetivo de esta presentación es aportar algunos elementos útiles para renovar la gastada reflexión sobre el estado actual y la eventual transformación de la respuesta estatal al delito de los adolescentes en la República Argentina. Como cuestión general, el tema de discusión propuesto por estas Jornadas Internacionales focalizadas en los mecanismos restaurativos de la justicia juvenil, resulta una ocasión propicia para el ejercicio propuesto, en tanto tradicionalmente los debates respecto del delito y la pena juvenil se concentran en los aspectos vinculados con la edad penal mínima y las sanciones, en lugar de indagar sobre todas las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados en esta materia, como lo es, entre otras que ocupan un lugar preponderante, el contar con mecanismos de justicia restaurativa.

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

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

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

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

Me interesa especialmente destacar la relevancia del conocimiento empírico riguroso para legislar correctamente sobre un problema social como el que se aborda en estas Jornadas. En ese sentido, entiendo que no es posible soslayar la experiencia de un cuarto de siglo de reformas legales en América Latina dirigidas a incorporar el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños y niñas² al derecho interno de los países de la región.³ Este proceso transcurrió con una desconexión manifiesta de las dimensiones materiales reales de los problemas que pretendía resolver. Un cuarto de siglo después prácticamente nada se modificó de la realidad sobre la cual estas leyes pretendían regular y, en algunos casos, la situación se agravó aún más, más allá de que las leyes aprobadas sean, por lo general, impecables desde el punto de vista de la técnica legislativa y de sus finalidades político-criminales.

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

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

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

En definitiva, desde una perspectiva constitucional, interesada en fortalecer el Estado democrático de Derecho y los derechos de todas las personas en un país, una ley adecuada, una ley correcta, una ley ajustada a los parámetros internacionales en materia de derechos humanos – de rango constitucional en la Argentina⁴ – constituye un imperativo elemental de justicia. Los reclamos por mejores leyes para la adolescencia infractora y para la sociedad argentina son auto-evidentes y están auto-justificados, más allá de la instrumentalidad a los que pueda someterse en una discusión más general orientada a transformar culturas, prácticas, políticas e instituciones encargadas de garantizar a sus destinatarios los derechos contenidos en esa nueva legalidad.

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

3.1. La experiencia latinoamericana demuestra que si lo que se procura es que garantizar a los niños y a las niñas condiciones de vida digna, tal como lo reclama la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)⁵, la reforma legal no es sino una variable más de valor coyuntural en términos instrumentales, con independencia de su valor absoluto en términos de justicia.

Permitásemos comentar un ejemplo concreto al respecto. En relación con los estándares legales, todos los países de América Latina aprobaron nuevas leyes que contienen, repiten y eventualmente desarrollan los derechos y garantías contenidos en el amplio *corpus juris* de protección de derechos humanos de niños y niñas.⁶ Sin embargo, como mencioné y dan cuenta decenas de Informes de organismos nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia del mencionado Tribunal, la situación en términos de condiciones concretas de vida de los niños en el continente no es mejor hoy que en la década del 70, cuando imperaban otras leyes. En ese sentido, organismos internacionales especializados han señalado que resulta llamativa la atención la buena disposición, celeridad y compromiso de los gobiernos para cambiar las leyes, tanto como la ausencia de todo ello para implementarlas.⁷ Me preocupa pensar que se haya consumido toda la energía política (del Estado, de los movimientos sociales, etc.) en el debate legislativo para cambiar leyes obsoletas por leyes mejores, y no haya quedado resto político, ni tampoco teórico o conceptual para la implementación.

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

El Derecho (mayor) ha incorporado en su reflexión general aquella referida a la condición jurídica de la infancia. En líneas generales, y salvo algunas cuestiones muy particulares, ya no se plantean mayores dudas teóricas o conceptuales; tampoco existen dificultades técnicas respecto de cuáles son los lineamientos generales, los principios rectores y los derechos y garantías de un derecho adecuado para tratar con los niños en general tanto en el derecho de familia como en el derecho penal.⁸ En la República Argentina, la jurisprudencia⁹ y las reformas legislativas procesales y administrativas¹⁰, han logrado avances notables al respecto.

No obstante, lo que no se ha generado en el ámbito latinoamericano –a diferencia de lo que ocurre en otras regiones, principalmente en los países desarrollados– es un conocimiento sistemático, riguroso, eficaz, tanto de la situación concreta en la que se encuentran niños y niñas, como de las mejores prácticas en materia de justicia juvenil. Más aún, y en la línea mencionada más arriba, si bien algunas leyes latinoamericanas son superiores a las leyes europeas desde el punto de vista técnico-legal y de las garantías que desarrollan respecto de los adolescentes infractores, las enormes diferencias y los avances que los países europeos tienen en relación con las prácticas concretas en materia de justicia juvenil respecto de los países latinoamericanos son evidentes.

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

3.3. Quisiera mencionar un último elemento de la relación entre las disciplinas relacionadas con la intervención psicosocial y el Derecho. Una ley mejor (es difícil predicar que una ley penal sea “buena”) en términos de los estándares más modernos de derechos humanos, no sólo constituye, como indiqué, un imperativo elemental de justicia, sino que cumple una función pedagógica positiva tanto en el psiquismo como en los procesos de socialización secundarios.¹¹ Es razonable entonces pensar que una mejor ley en los términos antes descriptos puede contribuir con el adolescente en la construcción de vínculos no conflictivos con su comunidad de modo de lograr su verdadera y sustentable reintegración social.

En ese sentido, debe tenerse presente que la Corte IDH ha derivado el derecho a una respuesta penal diferenciada del derecho de los niños a su protección especial (cfr. art. 19 de la Convención Americana¹²¹³ y que el Comité de los Derechos del Niño, en la mencionada Observación General n° 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”, ha sostenido, con el mismo alcance, que:

“En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes (...)”¹⁴

Y también que:

“(…) la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo (...)”¹⁵

Ello no significa perder de vista que una ley que regule la respuesta estatal al delito de las personas menores de edad sea una ley penal; sin embargo, a la vez que debe precisar límites claros a la actividad represiva estatal, no está habilitada a desarrollarse ni a adjudicar los casos dentro del sistema penal general, precisamente porque el propósito de la sanción penal juvenil no es el castigo sino la reintegración social.¹⁶ Al mismo tiempo, ello no debe generar la confusión de creer que es la justicia juvenil la que debe suplir las deficiencias de los sistemas de protección de los derechos de los niños y los adolescentes, pero sí debe advertir sobre las regresivas tendencias que han mostrado los sistemas penales juveniles latinoamericanos, de acercamiento a la justicia penal general, mediante reducciones de edad, transacciones de garantías en cabeza de sujetos con competencia restringida (como sucede con el juicio abreviado¹⁷), aumentos de penas privativas de libertad, transferencia a los sistemas penitenciarios en la etapa de ejecución¹⁸, etc.

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

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

4. Ya para ingresar específicamente en aquello que se relaciona con un aspecto fundamental de la justicia juvenil (el difuso terreno previo a la respuesta penal

que se conoce en nuestro medio como “justicia restaurativa” –resultado de una traducción literal del inglés–, es ineludible citar a un autor en particular que ha sido, por lo menos para los penalistas, uno de los profesores que desarrolló las ideas subsumidas bajo el nombre de “aboliciónismo penal”.

Me refiero al profesor noruego Nils CHRISTIE. Este autor realizó un recorrido originalmente dentro de las filas del movimiento político criminal conocido como abolicionismo penal a partir de su absoluta y profunda desconfianza del derecho penal expresada en su libro de mediados de la década del 80, *Los límites del dolor*¹⁹, donde afirmaba que no había nada bueno que pudiera encontrarse en el derecho penal; pero que, casi hacia el final de su vida, en el libro *Una sensata cantidad de delito*²⁰, sostuvo que no era razonable ni posible eliminar o suprimir el delito de la sociedad. Allí se preguntaba cuánto delito precisa una sociedad, y por lo tanto, cuánta cantidad de delito era la adecuada²¹.

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

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

Planteado en términos relativos y con el alcance indicado, sin caer en un funcionalismo exacerbado como el de DURKHEIM o MERTON, es posible entonces reconocer que toda sociedad produce sus criminales y, por lo tanto, requiere de un sistema penal, en una lectura de las “funciones positivas” del castigo. Se trata de una paradoja difícil de resolver, pero es preciso tener conciencia de ella porque se activa especialmente en cada caso que adjudica la justicia juvenil dado que, en ella, el derecho penal especializado, además de una función negativa, como límite, cumpliría una función positiva: aquélla de su valor simbólico-pedagógico.

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

La Convención sobre Derechos del Niño²² es un texto que abunda en vaguedades, lagunas y contradicciones, por lo que requiere una hermenéutica particular para darle sentido y efectividad a sus postulados. Por ello la tarea de interpretar adecuadamente el Derecho internacional de los derechos humanos (tanto de parte de tribunales internacionales, regionales o locales, como de la doctrina) es, en este sentido, fundamental para facilitar el trabajo de los operadores e impactar de forma eficaz en la realidad sobre la que se interviene. Como se advierte, la pregunta es cómo construir, desde ese amplio Derecho, lineamientos, guías, circuitos que modelen las “buenas prácticas”.

Como ejemplo puede citarse cómo en el país, muchas provincias aprobaron leyes de protección a la niñez y procesales, en ejercicio de su competencia local²³, conforme los más modernos estándares internacionales de derechos humanos e iniciaron procesos diferentes de reconocimiento de derechos y garantías de los niños aunque no se hubiera modificado la legislación de fondo y aún con diseños institucionales antiguos. La Ciudad de Buenos Aires es un excelente modelo de lo señalado.²⁴

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

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

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

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

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

Tony MARSHALL, un criminólogo inglés, define a la justicia restaurativa como un proceso en el cual todas las partes que tienen alguna clase de interés en un conflicto subsumible en un tipo penal que haya tenido lugar en una comunidad se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de ese crimen y con sus efectos e implicancias para el futuro²⁵. Como se advierte sin dificultades, no se trata de una definición jurídica, sino de una definición muy laxa que permite que sea aplicada a un amplio espectro de situaciones que en muchos casos se encuentran muy distantes de nuestras ideas compartidas acerca de lo que es justo.

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

En ese sentido, el problema es de suma relevancia cuando se piensa en incluir esas formas no penales en la justicia juvenil, ya que se espera de ella que cumpla una función clave en que el adolescente infractor se relacione de una manera no conflictiva con su comunidad en el futuro, comprenda el valor de las personas y de las cosas, y respete los derechos de todos. En los términos del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como derecho, “A ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que 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”.²⁶ Una solución que sólo se base en razones de “conveniencia” puede contradecir este objetivo, directriz en las normas internacionales de derechos humanos de la infancia en materia de justicia y clave para toda intervención psicosocial en términos modernos.

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

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

Debería entenderse que la justicia restaurativa –pese a su denominación– no implica necesariamente una solución “blanda”²⁷. En la justicia penal tradicional que utiliza las reglas de procedimiento habituales, la confrontación entre las partes es indirecta, impersonal y está filtrada a través de rituales procesales. Por lo contrario, en los procesos restaurativos el contacto es personal, directo y, a menudo, muy emocional. Por ello no puede afirmarse seriamente que sea una solución ligera o “blanda” para los ofensores confrontarse directamente con el sufrimiento y el daño que ellos causaron y con la desaprobación de su comunidad y, en muchos casos, hasta de su propia familia. Más allá de las diferentes teorías relacionadas con la distinción entre mecanismos formales y no formales de control social²⁸, lo cierto es que estos mecanismos alternativos e “informales” pueden ser muy duros y severos (el caso del joven al que se le exige llevar en la escuela un cartel con una leyenda referida a su infracción es un buen ejemplo de lo que acabo de señalar).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Respecto de los primeros, y nuevamente en razón del modelo federal argentino, el Derecho público provincial contiene en muchas jurisdicciones –la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut, Neuquén o Entre Ríos son buenos ejemplos³¹– dispositivos procesales que incluyen mecanismos asimilables o cercanos a lo que se entiende por “justicia restaurativa”. Al igual que lo ocurrido con las leyes de protección de derechos de los niños (competencia local), en muchas jurisdicciones los procedimientos dirigidos a tratar con menores imputados de la comisión de ilícitos penales han incorporado estas formas nuevas y más eficaces de administrar estos conflictos en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos de la infancia y la adolescencia.

Por otro lado, desde el punto de vista sustantivo, formas de “justicia restaurativa” se han introducido en muchas legislaciones como consecuencia de la crítica que el movimiento abolicionista ha realizado a las instituciones penales. La idea de que el Derecho penal moderno tiene una tercera vía reparatoria que se agrega a las clásicas vías retributiva y tratamental fue una solución estratégica del Derecho penal en un momento de crisis de legitimación cuasiterminal³².

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

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

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

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

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

Estos mecanismos alternativos reparatorios comenzaron a implementarse en América Latina luego de la aprobación del Estatuto del Niño y el Adolescente en Brasil (1989) y por la incidencia de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing).³⁴ En el lenguaje de estas normas, se llama *remisión* a lo que técnica y conceptualmente no es más que una forma de lo que en derecho procesal penal se conoce como “principio de oportunidad procesal”: la facultad discrecional del ministerio público fiscal para resolver qué casos se llevan a la justicia penal y qué casos no. Existen muchas razones por las que los fiscales –no los jueces, como se regula en muchas legislaciones de menores infractores en América Latina– pueden y deben administrar racionalmente los casos en los que se pondrá la energía y recursos persecutorios estatales.³⁵ Esa discrecionalidad debe desarrollarse dentro de regulaciones marco ya que, a diferencia del modelo adversarial anglosajón, nuestro modelo procesal está construido sobre la base del principio opuesto que es el de persecución penal pública o de oficio de todos los delitos de los que tome conocimiento el Estado (principio de legalidad procesal).

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

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

Esta pregunta es muy importante ya que si el contenido de la salida reparatoria sin juicio (por aplicación del principio de oportunidad, por ejemplo) es similar a la que acontecería luego de un juicio donde se debata y pruebe la responsabilidad del adolescente en los hechos, el modelo tiene un problema, por lo menos en términos pedagógicos, que es una finalidad propia de todo proceso penal juvenil³⁶.

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

teóricas para introducir reformas.

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

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

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

9.3. Otra cuestión importante en esta línea es la posibilidad de que alguien interprete como favorables al adolescente infractor las diferentes formas de juicio abreviado, ya que serían soluciones “alternativas” consensuadas. No puedo desarrollar el punto y hay suficientes razones para considerar que las formas abreviadas de juicio mediante negociación con los fiscales (*plea bargaining*) no deberían ser incluidas en sistemas de justicia juvenil conforme los principios que aquí fueron someramente presentados.

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

Consideraciones finales

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

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

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

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

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

En *Los límites del dolor*, con gran claridad, Nils Christie escribió que los delitos son torpes intentos por decir algo⁴⁰. En el caso de los adolescentes, yo agregaría que los intentos son especialmente torpes. Christie continúa diciendo que nosotros (la sociedad) respondemos con una igualmente torpe cucharada de dolor, que es la pena, el castigo. El autor con sabiduría nos indica que deberíamos ser capaces de construir sistemas legales donde la necesidad percibida de causar dolor para recuperar la paz social tienda a reducirse. Abusando de sus metáforas, podría decirse que las respuestas penales (y los derechos y garantías que son, al mismo tiempo, su justificación y su límite) son como joyas que se llevan a las fiestas, pero que no se usan todos los días, para todas las ocasiones. La vestimenta penal se reserva así sólo para esa celebración dramática que es relevante en términos simbólicos para la comunidad –más allá de los resultados concretos que produce–, y para la subjetividad del adolescente –por lo que los psicólogos nos han enseñado–.

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

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

Bibliografía

BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano. **Debido proceso y niños inimputables en razón de la edad en la jurisprudencia argentina**. En BELOFF, Mary (Dir.). Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa.

BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano. **La justicia juvenil y el juicio abreviado**. En BELOFF Mary (Dir.), Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa.

BELOFF, Mary; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano. **La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación**. en BELOFF Mary (Dir.). Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa.

BELOFF, Mary y CLERICO, María Laura. **Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana**. En “Revista Estudios Constitucionales”, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 14, n° 1, 2016, págs. 139/178.

BELOFF, Mary; TERRAGNI, Martiniano. **La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad**. En “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, febrero de 2016, págs. 255/264.

BELOFF, Mary. **El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano**, en prensa.

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

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.

CHRISTIE, Nils. **Limits to pain**. Oxford, Martin Robertson, 1981; en español, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**. Londres, Routledge, 2004; en español, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

COHEN, Stanley. **Visiones de control social**. P.P.U., Barcelona, 1988.

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.

COMISIÓN IDH, Informe de la Relatoría sobre Derechos de la Niñez, “**Violencia, niñez y crimen organizado**”, Doc. 40/15, del 11 de noviembre de 2015.

COMISIÓN IDH, Informe de la Relatoría sobre Derechos de la Niñez, **Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**”, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63.

CORTE IDH, **Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay**”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C n° 112.

CORTE IDH, Serie A n° 17, Opinión Consultiva n° 17, “**Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**”, párr. 96-7.

CSJN, Fallos 328:4343, de los considerandos 18, 19 y 20 del voto de los jueces PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI, HIGHTON de NOLASCO y LORENZETTI.

CSJN, Fallos: 330:5294, del considerando 7° del voto de los jueces HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, ZAFFARONI Y MAQUEDA Sobre la reducción de la pena a personas imputables menores de edad, véase, CSJN, Fallos: 328:4343.

CSJN, Fallos, 331:2691, del considerando 4° del voto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI Y ARGIBAY.

DE LEO, Gaetano. **La giustizia dei minori**. Turín, Giulio Einaudi, 1981; en español, *La justicia de menores*, Barcelona, Teide, 1985.

MARSHALL, Tony. **Criminal mediation in Great Britain 1980-1996**. En *European Journal on Criminal Policy and research*, págs. 21-43, citado en MORRIS, Allison y Gabrielle MASWELL (eds.), *Restorative justice for juveniles*. Conferencing, mediation and circles, Oregon, Hart, 2001, cap. 1, pág. 5.

Observatorio de derechos de los niños, niñas y jóvenes en Honduras Casa Alianza Honduras, entre otros, **Situación de Derechos de Niños, Niñas y Jóvenes en Honduras Niñez, migración y violencia**. Resumen enero-diciembre 2014, disponible en: [http://www.casa-alianza.org.hn/images/documentos/Comunicados/CAH.2015/Informes.Mensuales.2015/situacin%20de%20derechos%20de%20nias%20y%20jvenes%20en%20honduras.pdf].

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

PALOMBA, Gaetano. **Il sistema del nuovo processo penale minorile**. Milán, Giuffrè, 1991.

PITCH, Tamar. **Responsabilidades limitadas**. Buenos Aires, Ad Hoc, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**. T. I. traducción y notas Diego M. LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, y Javier de Vicente RAMESAL, Madrid, Editorial Civitas, 1997 (obra alemana, München, 1994).

Pesquisas do Editorial

- A SOCIOEDUCAÇÃO E A REPETIÇÃO DO DISCURSO RESSOCIALIZADOR, de Lara Maria Tortola Flores Vieira - RBCCrim 130/2017/369

FOOTNOTES

1

Este trabajo retoma algunas de las ideas expuestas en el artículo publicado con el nombre de *¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?*, en *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil*, Buenos Aires, 2007, págs. 31/40.

2

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

3

Sobre el tema, Beloff, Mary, *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, en prensa.

4

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

5

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

6

Entre muchas otras: el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley n° 8.069 (aprobado el 13/07/1990); el Código de Niñez e Infancia de Colombia, Ley n° 1.098 (sancionado y publicado en Diario Oficial n° 46.446 del 8/11/2006); la ley 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil de Chile (2007); el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Ley n° 100 (aprobado el 23/12/2002, y publicado en el Registro Oficial 737 del 3/01/2003); la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto n° 27-03 (aprobada el 4/06/2003, emitida el 15/07/2003, y publicada el 18/07/2003); y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley n° 287 (aprobado el 24/03/1998, y publicado en La Gaceta n° 97 del 27/05/1998).

7

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

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

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

En relación con las leyes provinciales, Catamarca: ley n° 5.357 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Catamarca”; Chaco: ley n° 4369 “Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia”; Chubut: ley n° 4347 “Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia”; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ley n° 114 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” y ley n° 2.451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”; Córdoba: ley n° 9.944 “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”; Corrientes: ley n° 5.773 “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” mediante la cual adhirió a la ley n° 26.061 “Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños, y Adolescente”; Entre Ríos: ley n° 9.861 “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia”; Jujuy: ley n° 5288 de “Ley de Protección de la Niñez, Adolescencia y la Familia”; La Pampa: ley n° 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”; La Rioja: ley n° 7.590 “Ley de Protección Integral del niño y del Adolescente”; Mendoza: ley n° 6.354 “Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad”; Misiones: ley n° 3.820 “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”; Neuquén: ley n° 2.302 de Protección Integral de Niños y los Adolescentes; Provincia de Buenos Aires: ley n° 13.298 (modificada por Leyes n° 13.634 y 14.537) “Ley de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños”; Río Negro: ley n° 4.109 “Protección Integral de los Derechos de Niñas, de los Niños y los Adolescentes”; Salta: ley n° 7.039 “Ley de Protección de Niñez y la Adolescencia”; San Juan: ley n° 7338 “Ley de Protección Integral de los derechos de los niños y adolescentes”, art. 25 y Código Procesal Penal Ley n° 7.398; San Luis: ley n° 5.430 “Adhesión de la Provincia a la Convención sobre los Derechos del Niño; Santa Cruz: ley n° 3.062 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la provincia de Santa Cruz”; Santa Fe: ley n° 12.967 “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”; Santiago del Estero: ley n° 6.915 “Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”; Tierra del Fuego: ley n° 521 de “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas, Adolescentes y sus Familias”; Tucumán: ley n° 8.293 “Protección integral de los derechos de la familia, de las niñas, niños y adolescentes. Pueden consultarse sobre el tema, entre otros, BELOFF, Mary, *Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016; BELOFF, Mary, FREEDMAN, Diego, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, *Debido proceso y niños inimputables en razón de la edad en la jurisprudencia argentina*, en BELOFF, Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa.

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969. Esta Convención entró en vigencia el 18 de julio de 1978, de conformidad con el art. 74.2.), art- 19 (Derechos del niño): “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

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

14

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

15

Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 10, cit., párrafo 71. En sentido similar, la Corte IDH sostuvo que: “[L]a medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma (...)”. En sentido similar, Regla 17.1 de las Reglas de Beijing.

16

Véase, BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, *La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación*, en BELOFF Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa.

17

Véase, BELOFF, Mary, FREEDMAN, Diego, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, *La justicia juvenil y el juicio abreviado*, en Beloff Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa.

18

Cfr. ley 26.579 (sancionada el 2/12/2009, promulgada de hecho el 21/12/2009 y publicada en el *B.O.* del 22/12/2009), que fijó la mayoría de edad a los 18 años, cuando la edad establecida por el anterior Código Civil era de 21 años. Véase, BELOFF, Mary, y TERRAGNI, Martiniano, *La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, febrero de 2016, págs. 255/264.

19

CHRISTIE, Nils, *Limits to pain*, Oxford, Martin Robertson, 1981; en español, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

20

CHRISTIE, Nils, *A suitable amount of crime*, Londres, Routledge, 2004; en español, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

21

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

22

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

23

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.

24

La ley n° 2.451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” asegura la garantía de discreción y confidencialidad (art. 9), a que la investigación preparatoria concluya dentro del término de noventa días -plazo reducido a quince días en caso de flagrancia (art. 47), a la excepcionalidad de la prisión preventiva que no podrá exceder un período de sesenta días corridos (art. 50), a formas alternativas de resolución de conflictos como mediación y remisión (arts. 64/75), a un debate a puertas cerradas (art. 78), a no ser alojado con personas mayores de edad (art. 82) y a la privación de libertad en centros especializados (art. 84).

25

MARSHALL, Tony, “Criminal mediation in Great Britain 1980-1996”, en *European Journal on Criminal Policy and research*, págs. 21-43 citado en MORRIS, Allison y Gabrielle MASWELL (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferenciing, mediation and circles*, Oregon, Hart, 2001, cap. 1, pág. 5.

26

Sobre el fin de la pena en el sistema penal juvenil, BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, *La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de la educación*, en BELOFF Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa. ob. cit.

27

“En el entusiasmo por la mediación es importante no olvidar que los rituales y arreglos en los tribunales penales pueden tener funciones protectoras importantes. Cuando las tensiones se desatan, incluso hasta la violencia inmediata amenaza, los solemnes y a veces también completamente tediosos y aburridos rituales en el aparto penal pueden tener un efecto calmante. (...) El sistema de mediación puede ser fácilmente pervertido en tribunales juveniles disfrazados (...) Lo que se desarrolla en estos tribunales (...) es la represión de los niños.” Cfr. CHRISTIE, Nils, op. cit., págs. 121/2.

28

Sobre el tema, entre otros, COHEN, Stanley, *Visiones de control social*, P.P.U., Barcelona, 1988; y PITCH, Thamar, *Responsabilidades limitadas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2003.

29

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

30

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

31

Ley n° 2.451 “Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, arts. 54/74. En la provincia de Neuquén, la ley n° 2.302, en el artículo 64, autoriza el archivo de un proceso a partir del “(...) resultado favorable de una mediación, en virtud de la cual se haya logrado una composición del conflicto. En todos los casos el archivo deberá fundarse en el interés superior del niño.” Por otro lado, la ley n° 2.879 crea el Programa de mediación penal en el ámbito del Poder Judicial para poner en práctica el principio rector establecido en el artículo 64 de la Ley n° 2.302 y en el artículo 17 del Código Procesal Penal -Ley n° 2.784-. La provincia de Chubut, mediante la Ley XV-9 (Antes Ley n° 5.478) “Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut”, regula en el artículo 407 la mediación en los procesos seguidos contra menores de edad. En la Provincia de Buenos Aires, la ley n° 13.634, en el artículo 43 referido a las causas graves, regula una audiencia en la que se pueden plantear todas las decisiones alternativas que pongan fin a la etapa preliminar o al proceso, e incluye la mediación. Como el antecédente y el último párrafo de ese artículo fueron observados por el Decreto de Promulgación n° 44/07, se interpretó en algún momento que la institución no estaba vigente, no obstante lo cual gradualmente se comenzó a utilizar con programas pilotos en diferentes Departamentos Judiciales y a instancias de la Procuración General. Finalmente, la reciente ley n° 10.450 de Entre Ríos (2016), regula el instituto en los artículos 119/123 (De la mediación penal juvenil) y establece que “La mediación penal juvenil podrá ser solicitada por el Fiscal, la víctima, el Defensor del adolescente imputado, con el consentimiento expreso de este y el del representante del Ministerio Pupilar, hasta la apertura de la etapa de juicio” (cfr. art. 119).

32

Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*. T. I., traducción y notas Diego M. LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, y Javier de Vicente RAMESAL, Madrid, Editorial Civitas, 1997 (obra alemana, München, 1994).

33

Entre otras: el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley n° 8.069, Capítulo IV (De las medidas socioeducativas); el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Ley n° 100, Título V: Las medidas socio-educativas; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley n° 287 TÍTULO IV (De las medidas); la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto n° 27-03, Capítulo V (Sanciones); y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto n° 27-03, CAPÍTULO VIII (Sanciones socioeducativas).

34

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

35

A modo ejemplificativo, Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley n° 8.069, Capítulo V (De la remisión); Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, arts. 336.4, 351, 352, 353, y 356; Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto n° 27-03, Sección III (Formas de terminación anticipada del proceso); y Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley n° 287, Capítulo II (La conciliación).

36

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

37

La ley n° 2.451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, regula el proceso de suspensión de juicio a prueba en el Título IX (Suspensión del proceso a prueba) y al respecto establece que: “A pedido del/la imputado/a, del/la Defensor/a o del/la Asesor/a tutelar, se podrá proponer la suspensión del proceso a prueba fundadamente. La suspensión también podrá disponerse aún en aquellos casos en que el delito imputado sea susceptible de sanción con pena privativa de libertad en centro especializado, teniendo en miras el principio del interés superior, su reinserción social, su protección integral y con la finalidad de mantener y fortalecer sus vínculos familiares y comunitarios (...)” (cfr. art. 76) y, en relación con las pautas para la determinación de las condiciones de cumplimiento, dispone que “Se privilegiará aquellas cuya finalidad comprenda su salud, educación, aptitud laboral, así como el mantenimiento y fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios.” (cfr. art. 77). Por otro lado, la ley n° 6354 de Mendoza, regula el instituto en los artículos 151/152 y dispone que el juez deberá hacer conocer al adolescente y a su representante la posibilidad de recurrir a la suspensión del juicio a prueba, bajo pena de nulidad. La ley n° 2.302 Protección Integral de Niños y el Adolescentes de Neuquén dispone que: “El imputado o su defensor podrán pedir la suspensión del proceso a prueba desde el comienzo de las actuaciones y hasta la existencia de una sentencia condenatoria firme. Luego de quedar firme una sentencia condenatoria, sólo procederá la suspensión cuando desaparezca en ese momento un obstáculo a su admisibilidad existente anteriormente. El dictamen fiscal favorable a la suspensión resulta vinculante para el juez o tribunal. La suspensión del proceso produce el cese de todas aquellas medidas restrictivas de derechos impuestas como consecuencia del proceso, debiendo disponerse la inmediata libertad del niño o adolescente en caso de encontrarse privado de ella de cualquier modo. Se tendrá especialmente en cuenta las circunstancias particulares del hecho investigado, la participación en el hecho y el contexto social, económico y cultural del niño o adolescente imputado. La suspensión importará la paralización del proceso durante un período no superior a un (1) año, durante el cual el imputado asumirá el compromiso de no cometer delito alguno. Transcurrido el lapso fijado sin mediar sentencia condenatoria pro delito cometido en él, se extinguirá la acción penal. La suspensión no implica reconocimiento alguno ni comprobación de la responsabilidad penal, ni constituye antecedente alguno.” (cfr. art. 86).

38

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que en el caso de los acusados de cometer delitos imputables en razón de su edad, cobran relevancia las salidas alternativas al proceso penal, tales como la remisión del caso o la mediación entre la víctima y el imputado así como la suspensión de juicio a prueba. (Cfr. CSJN, *Fallos*, 331:2691, del considerando 4° del voto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI Y ARGIBAY). Para sostener esta tesis se hizo aplicación de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” (Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C n° 112): “[L]a jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (...)”, párrafo 211.

39

Véase, BELOFF, Mary, FREEDMAN, Diego, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, *La justicia juvenil y el juicio abreviado*, en BELOFF, Mary (Dir.), *Problemas actuales de la justicia juvenil en Argentina*, Buenos Aires, Ad Hoc, en prensa.

40

CHRISTIE, Nils, *Limits to pain*, op. cit.