

Justicia Restaurativa y procesos penales. Primeras aproximaciones

por MIGUEL ASSIS, FLORENCIA HERNÁNDEZ, ALEJANDRA ZARZA
23 de Mayo de 2022
www.saij.gob.ar
Id SAIJ: DACF220050

1. Introducción.

Los orígenes históricos de la justicia restaurativa pueden rastrearse en las prácticas de comunidades indígenas de países como Nueva Zelanda, Australia, Estados Unidos, Canadá y comunidades andinas, en las cuales se puede identificar elementos restaurativos (Naciones, Unidas, 2002). No obstante, en materia penal juvenil, el movimiento comienza a cobrar relevancia durante la década del 90 (Llovet, 2011), como alternativa y complementaria a la justicia tradicional retributiva, habiéndose registrado las primeras experiencias en Ontario, Canadá, en una mediación penal juvenil. Este cambio se inscribe en el salto de paradigma de una justicia tutelar de menores a una justicia de responsabilidad adolescente.

La Justicia Restaurativa se ha consolidado como una forma de gestión de la conflictividad socio penal, fundamentalmente con personas adolescentes infractoras o presuntas infractoras a la ley penal. Las discusiones en torno a si la justicia restaurativa debe ser alternativa a la justicia tradicional de corte retributiva o complementaria a la misma han sido saldadas en los Principios Básicos para la Implementación de Programas de Justicia Restaurativa (Naciones, Unidas, 2002), que concibe a la Justicia Restaurativa como un complemento a la justicia tradicional. No obstante, esta delimitación introduce el desafío de incluir prácticas con un potencial innovador, creativo y flexible, a la rigidez de los sistemas penales tradicionales, con el riesgo de que el sistema penal termine cooptando la filosofía de la justicia restaurativa.

La Justicia Restaurativa con adolescentes ha encontrado en la introducción de métodos autocompositivos una posibilidad para promover la participación activa de las partes y fomentar el fin socioeducativo de la pena en adolescentes. Ello se vincula con los objetivos de asumir un rol constructivo en la sociedad y propiciar procesos de responsabilización. El avance del sistema acusatorio en las distintas jurisdicciones del país ha permitido correr el eje de los tradicionales modelos infraccionales que se centraban en la búsqueda de una respuesta estatal por medio del poder punitivo y la pena como respuesta al ilícito cometido, a un modelo de democratización de la justicia y mayor participación de las partes frente a conflictos históricamente expropiados por el sistema penal.

El objetivo de este documento es hacer un recorrido por el marco jurídico-normativo de la implementación de prácticas restaurativas con adolescentes infractores/as o presuntos/as infractores/as a la ley penal. Ese recorrido pretende observar las distintas etapas del proceso en el cual pueden insertarse estas prácticas, así como también sus condiciones de posibilidad.

En primera instancia se analizará el marco normativo internacional y nacional que da sustento a las prácticas restaurativas para luego desarrollar el amplio paraguas de institutos jurídicos que habilitan su uso a nivel nacional.

2. Marco normativo internacional.

El amplio cuerpo normativo⁽¹⁾ de la niñez y adolescencia se encuentra fundado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, fundamentalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En materia penal juvenil se integran a estos instrumentos las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), todas ellas parte integrante de la [ley 26.061](#), conforme al [art. 19 del decreto 415/06](#). Con fines interpretativos, integra la Observación General N° 24 de las Naciones Unidas de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) (CDN), relativa a los derechos del niño en el Sistema de Justicia Juvenil, y que sustituye a la Observación General N° 10.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que, para interpretar las obligaciones del Estado en relación con las personas menores de edad, además de las disposiciones de la [Convención Americana de Derechos Humanos](#) (CADH), es importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas respecto a la protección de la niñez, y a las diversas declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el art. 29 CADH y en la práctica reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de la Comisión en esta materia.

A continuación se recorrerá el cuerpo normativo internacional, tomándose los aspectos centrales desde los cuales se puede sustentar la Justicia Restaurativa. Si bien solamente la Convención de los Derechos del Niño goza de un carácter vinculante para los Estados que ratificaron el instrumento, es de suma relevancia mencionar los principios, reglas, observaciones y opiniones consultivas que trazan un marco de interpretación y de directrices sobre las obligaciones de los Estados en línea con la normativa internacional, en especial de la Convención.

-Convención de los Derechos del Niño (CDN): es un tratado internacional aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, con rango constitucional en nuestro país desde 1994 ([art. 75, inc. 22](#)). Debido a esto, su texto prevalece cuando una ley del ordenamiento jurídico interno entra en contradicción con sus normas y principios. Compuesto por 54 artículos, es el tratado internacional de derechos humanos más ratificado de la historia, y el primero vinculante a nivel nacional e internacional, que reúne en un texto único derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

El Comité de los Derechos del Niño (en adelante, "el Comité") es un órgano internacional de expertos/as independientes que supervisa la aplicación de la CDN por los Estados partes. Para vigilar y analizar el cumplimiento de la CDN, el Comité se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y la adolescencia⁽²⁾. Su labor ha sido fundamental para dar a conocer el contenido de la Convención a través de Observaciones Generales.

En la Observación General N° 12 (2009), el Comité ha señalado que "El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención" (párr. 2). En el mismo párrafo el Comité agrega:

... el artículo 12 es uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse

en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

El art. 12 CDN estipula que los Estados partes garantizarán, al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez. Con tal fin, se le dará en particular la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, 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.

La CDN establece, en su art 40.1, el derecho al trato digno de todo niño/a de quien se alegue la comisión de un delito o se declare culpable, así como también la importancia de promover la reintegración del niño/a atendiendo a su función constructiva en la sociedad.

En el art 40.3 se insta a los Estados a adoptar medidas para tratar a esos niños/as sin recurrir a procedimientos judiciales, a la vez que se alienta el establecimiento de un sistema de justicia específico para estos/as.

Por su parte, el artículo 40.4 CDN establece que:

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

-Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing): este instrumento, aprobado por resolución 40/33 de la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985, recepta el principio de proporcionalidad estableciendo que la respuesta al/a la adolescente infractor/a debe ser proporcional a sus circunstancias (condición social, situación personal, daño causado) y al delito. De esta forma se restringe la aplicación de sanciones punitivas. Por otro lado, da importancia a los esfuerzos de la persona adolescente y a su voluntad de reparar el daño causado a la hora de establecer la sanción.

En el Apartado 1, se reitera el principio de desjudicialización vigente desde la CDN. En la Regla 1.3, en interés de la persona menor de edad y con el objetivo de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al/a la adolescente, se insta a que se de relevancia a las medidas extrajudiciales que impliquen mayor contacto con la familia y su medio social. El Apartado 11 de las Directrices profundiza sobre este principio de desjudicialización por medio de la remisión a otras instituciones.

De relevancia es la Regla 18.1 sobre el principio de flexibilización, que establece una amplia diversidad de decisiones: a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) libertad vigilada; c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos. En el inciso h, refiere a "otras órdenes pertinentes" estableciéndose de esta manera un "número indeterminado" de medidas alternativas a la internación.

-Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad): en su art. 5°, la resolución 45/112 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, promueve la despenalización de conductas menos graves, con el objetivo de evitar penalizar a los/las niños/as por conductas que no generen un perjuicio grave a su propio desarrollo ni perjudiquen a los demás. Bajo esta premisa, puntualiza la necesidad

del uso de medidas alternativas a la justicia penal tradicional. En su apartado 58, enfatiza la importancia de que los agentes del sistema penal estén al corriente de los programas existentes y la posibilidad de remisión a otros servicios, priorizando su uso en la medida de lo posible.

-Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio): la resolución 45/110 de la Asamblea General, del 14 de diciembre de 1990, es de gran relevancia a la hora de concebir la responsabilidad de la comunidad en el desarrollo integral de las y los adolescentes, aspecto central en la Justicia Restaurativa. Esto es debido a que otorga un rol fundamental a la comunidad en el abordaje de adolescentes infractores. La regla 2.5 considera la posibilidad de ocuparse de los mismos en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas. La regla 1.4, por su parte, destaca la importancia de encontrar un equilibrio adecuado entre los derechos de las personas que cometen delitos, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad. La regla 18.1 establece que debe alentarse a los organismos gubernamentales, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones de voluntarios/as que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

-La regla 18.2 delimita la necesidad de generar procesos de sensibilización comunitaria y de organizar regularmente conferencias, seminarios, simposios y otras actividades para concientizar sobre la necesidad de que la sociedad participe en la aplicación de medidas no privativas de la libertad. En función de esto, la regla 18.3 promueve la utilización de todos los medios de comunicación para difundir y propiciar una actitud constructiva en la comunidad en pos de la reinclusión social de los/as ofensores/as. Las Reglas de Tokio recogen un número indeterminado de medidas alternativas. A pesar de esto, incluyen, en la regla 8.2 apartado f), el mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización.

-Opinión Consultiva 17: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva 17, del 28 de agosto del 2002, establece que la normativa internacional procura excluir o reducir la judicialización de los problemas sociales que afectan a las niñas y los niños, y que pueden y deben ser resueltos con medidas de diverso carácter, al amparo del art. 19 (CADH). Sostiene la admisibilidad de los medios alternativos de solución de las controversias que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre que no impliquen un detrimento de los derechos de las personas. Por este motivo, es imperioso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que participan adolescentes.

-Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder: la resolución 40/30 de la Asamblea General, del 29 de noviembre de 1985, es fruto de las deliberaciones de las Naciones Unidas en el marco VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Esta Declaración es de relevancia en el abordaje de personas víctimas. Delimita la noción de víctima y, en su apartado A.2, extiende la noción de víctima a los familiares o personas a cargo que posean una relación inmediata con esta y a las personas que, por motivo de intervenir en la asistencia de la víctima en peligro o para prevenir la victimización, hayan sido dañadas.

La Declaración puntualiza en la importancia del respeto por la dignidad de las personas víctimas. Desarrolla los pasos para evitar los procesos de victimización y para promover soluciones a las víctimas, a la vez que propone medidas vinculadas a acceso a la justicia; trato justo; resarcimiento; indemnización y asistencia material, médica, psicológica y social, de ser necesaria.

En sus principios, establece que las víctimas tienen derecho al acceso a los mecanismos de justicia y una pronta reparación del daño sufrido, de acuerdo a la normativa nacional. Como aspecto de interés especial para la Justicia Restaurativa, el apartado A.7 insta a establecer mecanismos oficiosos para la solución de

controversias -entre ellos la mediación, el arbitraje, la justicia consuetudinaria-, con el fin de facilitar la conciliación y la reparación.

-Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa: esta Declaración del año 2012 aborda la responsabilidad pública y de inclusión de la comunidad en la solución de los conflictos de naturaleza penal en la que se involucran adolescentes o jóvenes. Insta por la desjudicialización de infracciones de menor potencial ofensivo y la utilización generalizada de medidas no privativas de libertad, correctamente aplicadas cuando no pueda evitarse la apertura de un proceso penal. Asimismo, considera la utilización de la privación de libertad de forma muy excepcional, por el menor tiempo posible y con una clara orientación educativa; la evaluación interdisciplinar del/ de la adolescente y la toma en consideración de las circunstancias individuales de vulnerabilidad; la valoración de los impactos de las medidas privativas y no privativas de libertad mediante informes biopsicosociales y revisiones periódicas de las medidas socioeducativas aplicadas y de las condiciones en las que se cumplen; el carácter educativo de las medidas a tomar respecto de los y las adolescentes que han infringido la ley penal; el tratamiento psicosocial de los y las adolescentes en un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectiva; y la reparación directa e indirecta del daño causado; la implementación de sistemas de control, seguimiento y monitoreo eficaces y respetuosos con los derechos humanos; la implementación de sistemas de información confiables, automatizados y disponibles en línea, integrados con todas las instituciones involucradas, con niveles de seguridad para el acceso, edición y confidencialidad, e indicadores cuantitativos y cualitativos con perspectiva diferencial tanto para los y las adolescentes en conflicto con la ley, como para las víctimas; la necesidad de especialización a través de una formación que coadyuve en la armonización de conceptos, modelos pedagógicos y en la promoción de intercambios de experiencias entre los países iberoamericanos que fortalezcan este enfoque restaurativo.

-Observación General 24 del Comité de los Derechos del Niño: esta Observación, del año 2019, en su Introducción (Sección I), establece que sustituye la OG 10 (2007) a fin de reflejar los cambios que se han producido desde entonces como resultado de la promulgación de normas internacionales y regionales, la jurisprudencia del Comité, los nuevos conocimientos sobre el desarrollo en la infancia y la adolescencia, y la experiencia de prácticas eficaces -como las relativas a la Justicia Restaurativa-. Señala que los niños y niñas se diferencian de las personas adultas por su desarrollo tanto físico como psicológico y que, por ello, debe reconocérseles una menor culpabilidad, aplicándose un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Destaca que ha quedado demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños y niñas, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.

En la Sección II, menciona entre sus "Objetivos y alcances":

- Reiterar la importancia de la prevención y la intervención temprana, así como de la protección de los derechos del niño en todas las etapas del sistema.
- Promover estrategias clave para reducir los efectos especialmente perniciosos del contacto con el sistema de justicia penal, entre ellas aumentar la aplicación, en el caso de los niños, de medidas alternativas a los procesos de justicia formal y su orientación hacia programas eficaces.
- Fijar una edad mínima de responsabilidad penal apropiada, garantizando el tratamiento adecuado de los niños tanto antes como después de esa edad.
- Ampliar el uso de medidas no privativas de la libertad para asegurar que la detención de los niños sea una medida de último recurso.

Además, en la Sección III "Terminología" define términos que el Comité considera importantes dentro de la

observación general, entre ellos, justicia restaurativa a la que conceptualiza como todo proceso en que la víctima, el agresor y cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectado por un delito participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas de ese delito, a menudo con ayuda de un tercero justo e imparcial. Señala que son ejemplos de procesos restaurativos la mediación, la celebración de conversaciones, la conciliación. Bajo el mismo título el Comité alienta el uso de un lenguaje que no estigmatice a los niños de los que se alegue que han infringido la legislación penal o a los que se acuse o se declare culpable de haber infringido esa legislación. Por otra parte, insta a aumentar la aplicación de medidas alternativas a los procesos de justicia formal y su orientación a programas eficaces, a la vez que define y promueve la utilización de medidas extrajudiciales, entendidas como medidas usadas para mantener a los niños al margen del sistema judicial, en cualquier momento, antes o a lo largo de los procedimientos pertinentes.

Si bien la CDN y las regulaciones posteriores introducían el aspecto de la desjudicialización en el art 40, inc 3b CDN(3), el pasaje del paradigma tutelar al de protección de derechos implicó, al menos en una primera parte, focalizar sobre generar alternativas a la privación de libertad, que podemos encontrar plasmadas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.

3. Normativa aplicable en nuestro país.

En lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes, los estándares mínimos surgen esencialmente de la CDN, que fuera ratificada por la Argentina en 1990 y que goza de rango constitucional desde el año 1994. Dicha normativa establece la doctrina de la Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. La CDN produjo un cambio fundamental de paradigma respecto del lugar que los niños y niñas ocupaban dentro de la sociedad, la familia y el Estado. Al reconocerse de manera explícita que son sujetos de derecho, en oposición a la idea del niño o niña definido a partir de su incapacidad, cambia la manera de otorgarle protección.

En este sentido, la ley 26.061 pone fin a la dualidad que se presentaba entre el paradigma sostenido por la Ley de Patronato y el de la Convención, al derogar de manera expresa la [ley 10.903](#) (art. 76). No obstante, persisten en nuestro ordenamiento vestigios de la "doctrina de la situación irregular" a través de los postulados de la [ley 22.278](#) y sus modificatorias, dado que la ley 26.061 omite el tratamiento del régimen de responsabilidad penal juvenil. Cabe señalar que el decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, dispuso en su art. 19:

La privación de libertad personal adoptada de conformidad con la legislación vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse parte integrante del art. 19 en su aplicación, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990. El lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad el niño, niña o adolescente a que refiere el último párrafo del artículo objeto de reglamentación comprende tanto a establecimientos gubernamentales como no gubernamentales.

El abordaje con adolescentes se enmarca en la Ley 26.061 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. La elaboración de políticas públicas y acciones que los encuentren como destinatarios a niños, niñas y adolescentes deberán contener los principios de ésta, basados en los principios de la Convención de los Derechos del Niño.

En línea con lo anterior, el derecho a opinar y ser oído se extiende, en el marco del [art. 24 de la ley 26.061](#), a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes: comunitario, familiar, escolar, etc.

Alejarnos del paradigma de la situación irregular implica entonces, en primer lugar, considerar al niño, niña y adolescente como sujeto de derecho y no objeto de tutela, garantizando su rol activo. A la vez, comprende un rol diferenciado del Estado, la familia y las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo y acompañamiento de los/as mismos/as. En este sentido, el [art. 6° de la ley 26.061](#) insta a la participación comunitaria, dotando a la comunidad de un rol activo en el logro de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a partir del desarrollo de una democracia participativa.

4. Implementación de prácticas restaurativas en los procesos formales.

Luego de haber desarrollado el marco normativo, proponemos hacer un recorrido que dé cuenta de la incorporación de las prácticas restaurativas en las distintas etapas del proceso en las cuales pueden implementarse.

Respecto de los procesos restaurativos en forma previa a la declaración de responsabilidad penal, su incorporación goza de la mayor extensión y recepción por parte de los agentes judiciales, sea como una alternativa al proceso penal o como una salida anticipada del mismo.

-Procesos restaurativos como alternativa al proceso penal (OG 24 sobre medidas extrajudiciales, art 40.3b CDN): al establecer como estándar la incorporación de medidas extrajudiciales en la gestión de la conflictividad penal juvenil, las autoridades competentes deben considerar siempre la posibilidad de evitar un proceso judicial o una sentencia condenatoria, recurriendo a medidas extrajudiciales o de otra índole que puedan sacar al adolescente del sistema penal en cualquier momento, antes o a lo largo de los procedimientos pertinentes.

Las prácticas restaurativas se encuentran en el marco de las medidas extrajudiciales y, en ese sentido, la creación de dispositivos de Justicia Restaurativa resulta una intervención extrajudicial apropiada ya que tiene como finalidad evitar o disminuir los efectos perjudiciales del contacto de las/os adolescentes con el sistema penal.

-Procesos restaurativos como salida anticipada (OG 24): la utilización de medidas extrajudiciales no se limita solamente al uso de alternativas previas al proceso penal sino que también es posible considerar su uso una vez iniciado un proceso judicial. El sistema de justicia juvenil debe poder ofrecer amplias oportunidades: garantizar la aplicación de diversas "medidas sociales y educativas", a la vez que limitar el uso de la privación de libertad a lo largo de todo el proceso.

A continuación se incluirán los institutos jurídicos que pueden ser usados para la implementación de prácticas restaurativas como alternativa al proceso penal o bien como una salida anticipada del mismo.

5. La [ley 27.147](#) y las nuevas formas de extinción de la acción penal: criterio de oportunidad, conciliación y reparación integral.

La organización federal que adoptó la Argentina, y que se consagró en el [art. 1° CN](#), así como la dinámica de regulación de las competencias entre la Nación y las provincias regulada en el [art. 121 CN](#), ha dispuesto que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal. Dentro de las facultades otorgadas al Poder Legislativo de la Nación, se encuentran la sanción de normas en materia penal, quedando las regulaciones procesales como competencia de las provincias. En este sentido, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han regulado estos mecanismos de diversas maneras a partir de sus códigos

procesales, leyes especiales y leyes procesales penales juveniles en el marco del principio de especialización instaurado en la CDN.

Se ha establecido una extensa discusión (Ledesma, 2018) respecto de la naturaleza de los procesos restaurativos; es decir, si son de carácter penal o procesal penal. Sin introducirnos en esta discusión, se desarrollará a continuación el marco de posibilidades que ofrece la legislación de fondo para su implementación.

La promulgación de la ley 27.147, en el año 2015, sobre la modificación del [art. 59 del Código Penal \(CP\)](#), incorporó tres formas nuevas de extinción de la acción penal en su inc 5:

La acción penal se extinguirá:

(...) 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;

7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

La incorporación de los institutos previstos en el art. 59 CP posibilitó generar la igualdad en todo el territorio nacional con respecto a la posibilidad de aplicación de métodos pacíficos de gestión de los conflictos permitiendo la inclusión de prácticas restaurativas en el marco de institutos como la conciliación y la reparación integral, entre otros.

Mucho se ha discutido en torno a la vigencia y operatividad de los institutos de la conciliación y la reparación integral. Ello dio lugar a una sólida doctrina y jurisprudencia que consolida su uso en todo el territorio nacional.

Los argumentos en contra de su operatividad(4) sostenían que, dado lo estipulado en el art. 59 CP -que establece que los institutos de la conciliación y la reparación integral extinguen la acción penal "de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes"- , era necesaria la regulación de pautas y criterios claros con respecto a cuándo procedía su aplicación (tipo de delito, rol de la víctima y del Ministerio Público, condiciones para el sobreseimiento, entre otros).

Desde otra postura(5), se sostuvo la vigencia del art. 59 CP argumentándose que la falta de normativa procesal no podía impedir la aplicación de una norma de fondo en tanto esto implica la afectación del principio de igualdad ante la ley. Numerosas provincias ya habían regulado criterios de oportunidad en forma anterior a la promulgación del art. 59, por lo cual la promulgación de esta norma garantizaba la unidad penal en el territorio nacional.

La discusión en torno a la vigencia y operatividad del art. 59 se ha zanjado a partir de la inclusión del fallo "Oliva s/incidente de recurso extraordinario" (causa CCC 9963/2015/TO1/2/1/RH1) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 27/08/2015). En este precedente, la Corte se remitió al dictamen del Procurador -que afirmó que "por resolución 2/2019 del 13/3/2019 (B.O. 19/11/2019) la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal decidió implementar, a partir del tercer día hábil de la publicación de la norma y en el ámbito de la justicia federal y nacional en lo penal, el artículo 34 del nuevo código de forma, referido a la conciliación entre el imputado y la víctima"-, sosteniendo su operatividad para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio. A su vez, la Comisión Bicameral determinó que se implementará ese artículo -entre otros- para todos los tribunales

de la justicia nacional penal. De la misma forma, su operatividad fue establecida a partir de distintas resoluciones de los Ministerios Públicos (resolución PGN 97/19 y resolución DGN 1616/19).

Por lo tanto, la heterogeneidad del sistema procesal argentino, reflejo del sistema federal de gobierno, no obstaculiza la aplicación de prácticas restaurativas en jurisdicciones que no avanzaron en promulgaciones de códigos procesales y la incorporación de institutos jurídicos de conciliación, reparación integral, principio de oportunidad, entre otros.

5.1 Argumentos acerca de su operatividad.

En relación a la operatividad del art 59, existen argumentos de relevancia tales como:

- El principio de legalidad, al ser una norma penal vigente para toda la República Argentina.
- El principio de igualdad, en función de que la falta de normas procesales jurisdiccionales, y/o la regulación diferenciada(6), no deberían impedir la aplicación de una norma de fondo de vigencia nacional.
- El principio de aplicación de la ley penal más benigna para el imputado (art. 2° CP), que rige sobre las cuestiones de fondo.
- Los principios de legalidad y oportunidad: la conciliación o reparación integral del perjuicio es una solución pacífica del conflicto, tanto para el ofendido como para el ofensor, y permite restablecer el orden jurídico. De esta forma, se optimizan los recursos disponibles a fin de destinarlos a los procesos complejos y la criminalidad organizada.
- El derecho internacional de los derechos humanos: los mecanismos de justicia restaurativa están directamente relacionados con el principio y respeto por la dignidad humana.
- La necesidad de establecer en forma real y efectiva la unidad penal en el territorio nacional e instrumentar los medios necesarios para que este objetivo no se torne ilusorio a raíz del régimen federal de Argentina.
- La inclusión de mecanismos de justicia restaurativa en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa.

5.2. Posibles limitaciones.

- Compromisos internacionales: obligan al Estado a establecer sanciones a los responsables de determinados delitos.
- Límites procesales: las limitaciones o condiciones que establecieron las provincias en sus códigos de forma.
- Razones de política criminal: oposición del Ministerio Público Fiscal al acuerdo, lo cual luego evaluará el juez.
- Limitaciones en los códigos procesales provinciales (verbigracia, en materia de género).

A pesar de lo mencionado anteriormente, las provincias no cuentan con facultades para crear tipos penales o fijar nuevas excusas absolutorias. No podrían fijar causas de exclusión del instituto que no surjan, al menos de forma implícita, del derecho común o supranacional. En consecuencia, la remisión al derecho procesal que surge del art. 59 CP será exclusivamente a efectos de que cada ordenamiento adjetivo fije los aspectos puramente procedimentales que permitirán llevar a cabo la conciliación o la reparación integral.

De esta forma, las normas que limiten la posibilidad de conciliación o reparación integral podrían ser declaradas inconstitucionales por jueces que adviertan la posibilidad de canalizar un conflicto penal por alguna de las nuevas vías alternativas incorporadas al [art. 59 por la ley 27.147](#).

En síntesis, la aplicación del art. 59 CP no puede ser demorada por omisiones legislativas y será función de los magistrados dar vida, dotar de contenido y fijar límites a la reparación integral y conciliación como formas de extinción de la acción penal.

6. Procesos restaurativos en el marco del [art. 4° de la ley 22.278](#) (morigeración de la sanción o absolución).

La implementación de prácticas restaurativas en la justicia tradicional ha sido circunscripta y regulada, mayoritariamente, como alternativa al proceso penal o como una salida anticipada al mismo. Desde esta perspectiva, desde un enfoque de derechos, la justicia penal para adolescentes debe esgrimirse sobre el principio de última ratio, excepcionalidad, subsidiariedad y mínima intervención del sistema penal juvenil, con el objetivo puesto en la desjudicialización (arts. 37b, 40.3b y 40.4 CDN). Al respecto, la CSJN, en el fallo "Maldonado" (2005) establece que la regla del art. 40, inc. 3 CDN, en cuanto ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de edad, tiene como objetivo evitar el daño que pueda ocasionarles la utilización automática de procedimientos que estén diseñados para personas adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas.

No obstante, por criterios vinculados fundamentalmente a la gravedad del delito y a obligaciones del Estado en tratados internacionales, no siempre es posible la aplicación de mecanismos alternativos al proceso o que generen una salida anticipada del mismo. Esto no implica la imposibilidad de la implementación de prácticas restaurativas que entiendan la importancia de la regeneración del lazo social y de la inclusión sociocomunitaria del/la adolescente con declaración de responsabilidad penal. En este mismo sentido, la Corte Interamericana, en el fallo "Niños de la Calle" (1999), citando la Convención de los Derechos del Niño, afirmó que cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

En nuestro ordenamiento jurídico aún hoy impera el decreto ley 22.278 como ley de fondo. Dicha norma no garantiza la existencia de una justicia especializada⁽⁷⁾ ni de medidas alternativas con contenido socioeducativo en todo el país. Aun así, muchas provincias se han alineado con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y con el resto del corpus iuris internacional, y han dictado normativas de forma en las que, en algunos casos, se contempla expresamente la aplicación de medidas alternativas al proceso y a la privación de libertad.

Por otro lado, la norma prevé la cesura del juicio. Es decir, la división del debate entre la declaración de responsabilidad penal de la persona adolescente y la imposición de la sanción, efectuada esta última una vez cumplida la mayoría de edad. El llamado "tratamiento tutelar" realizado en el marco del art. 4° de la 22.278 es condición para la imposición de la sanción. Cuando la persona adolescente, la víctima y/u otros intervinientes alcanzaren un acuerdo restaurativo en el marco de una medida posterior a la sentencia de responsabilidad, el acuerdo deberá aplicarse bajo la regulación del art 4° de la norma 22.278, armonizando con la Convención de los Derechos del Niño, el plus de protección de derechos otorgada por ésta, y el resto de la normativa internacional y nacional. En estas situaciones, los efectos jurídicos posibles deberían implicar una morigeración en la imposición de la sanción o la absolución del adolescente, en procura del principio de autocomposición del conflicto y la finalidad socioeducativa de la pena en el sistema penal juvenil.

Como se mencionó anteriormente, la implementación de prácticas restaurativas en forma posterior a la declaración de responsabilidad penal posibilita la morigeración de la sanción o la absolución de la persona adolescente. No obstante, es imperioso mencionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en "Mendoza vs. Argentina" (2013). En el mismo, la Corte establece que, en lo referido a penas privativas de la libertad en adolescentes que infrinjan la ley penal, además de los principios de última ratio y celeridad, rige el principio de revisión periódica de las penas privativas. Puntualiza que si las circunstancias se han modificado y no es necesaria la reclusión, los Estados tienen el deber de poner a esa persona en libertad, aun cuando esto signifique que no se cumpla la pena establecida.

Si bien el marco normativo nacional otorga un marco que da sustento y legitimidad a las prácticas, la implementación de procesos restaurativos implica un desafío. Ello, por la heterogeneidad del sistema procesal argentino, los usos y costumbres, y las particularidades de la administración de la justicia en las distintas jurisdicciones del país.

A lo largo de este documento se efectuó un recorrido que abordó el marco normativo nacional e internacional y los institutos jurídicos nacionales que permiten la implementación de procesos restaurativos. Este trabajo se constituye como un puntapié inicial para seguir investigando en la materia. Queda como desafío relevar las normativas procesales de cada jurisdicción a fin de dar cuenta de la instrumentación de los procesos restaurativos en el territorio nacional.

Notas al pie:

*)Miguel Assis, Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

*)Florencia Hernández, Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

*)Alejandra Zarza, Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

1)La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que "El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)" (OC-16/1999, párr. 115). En el caso de los Niños de la Calle, manifestó: "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana" (párr. 194).

2)Respecto del procedimiento de comunicaciones, cabe destacar que el 19 de diciembre de 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un tercer protocolo facultativo relativo al tema, que permite que niñas, niños y adolescentes presenten denuncias individuales relativas a violaciones específicas de sus derechos, con arreglo a la Convención y a sus otros dos protocolos facultativos. El tercer protocolo entró en vigor en abril de 2014.

3)Art 40 CDN: "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".

4) Algunos fallos significativos sobre la falta de operatividad del art. 59 son: Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1, "Amarilla Bruno s/ recurso de casación", 13/12/2017; el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1, causa CCC 39889/2014/TO1, 11/12/2015; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 6, causa CCC 70166/2004/23/CA22, 15/10/2015; y Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, causa CCC635/2014/TO1, caratulada "Fernández", 26/11/2015.

5) Algunos fallos significativos sobre la operatividad del art. 59 son: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, "Reynoso, Gabriel s/ lesiones graves calificadas", Expte. 2094441, 24/11/2016; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, "Verde Alva, Brian Antoni s/ recurso de casación", causa CCC 25872/2015/TO1/CNC1, Reg. 399/2017, 22/05/2017; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, "Villalobos Paola y otros/defraudación", causa CCC 25020/2015/TO1/CFC1, Reg. 1119/17, 29/08/2017; Tribunal Oral en lo Criminal N° 26, causa CCC 26772/2016/TO1, 11/10/2016; Tribunal Oral Nacional en Lo Criminal N° 1, "González, Ángel Emanuel s/sentencia", causa CCC 53654/2016/ TO1, 06/03/2017; Tribunal Oral en lo Criminal N°1, causa CCC 49012/2014/TO1, 22/03/2017.

6) Las legislaciones locales, ante la demora del Congreso de la Nación, han avanzado en la materia y han regulado de manera exitosa, incluso antes de la introducción en el Código Penal, la conciliación y la reparación integral del daño como soluciones alternativas para la resolución de conflictos penales. Entre otros, podemos mencionar los Códigos Procesales de CABA (arts. 199 y 204), del Chaco (art. 6°, inc. 1), de Chubut (arts. 44, inc. 1; 47 y 48), de Entre Ríos (art. 5, inc. 2), de Jujuy (art 101, inc. 1), de La Pampa (art. 15, inc. 1), de La Rioja (art. 204, inc. 1), de Mendoza (art. 26, inc. 1), de Misiones (art. 60, inc. B), de Neuquén (art. 106, inc. 1), de Río Negro (art. 96, inc. 1), de Salta (art. 231, inc. a), de Santiago del Estero (art. 61, inc. 1), de Tucumán (art. 27, inc. 1) y de Tierra del Fuego (arts. 309, inc. 7 y 331).

7) "El principio de justicia especializada consiste en la obligación del Estado de dar una respuesta diferente cuando el infractor de la ley penal es una persona menor de edad. Diferenciación que debe reflejarse, en comparación con los adultos, en una concepción distinta del injusto penal, en un juzgamiento con mayor reforzamiento de las garantías judiciales, una intervención penal mínima, con una pluralidad de sanciones primordialmente socioeducativas, que podrían eventualmente ejecutarse o cumplirse por órganos especializados de la ejecución, en condiciones que permitan la reinserción social del infractor penal juvenil" (Tiffer, 2017).

Referencias:

-Fava, G. (2021): Institutos aplicables en el ámbito nacional para empezar a construir una justicia restaurativa para niños, niñas y adolescentes acorde con estándares de Derechos Humanos. Revista La Trama.

http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=446&ed=68. -Fava, G. (2019). La importancia de la justicia restaurativa en las tendencias actuales del derecho procesal penal. Debate sobre algunos aspectos problemáticos de su regulación e instrumentación práctica. Revista de Derecho Penal y Criminología, año IX, número 2, Buenos Aires, marzo, p. 233-240.

-Greco, S. (2016). Procesos autocompositivos en el sistema penal. Reparación, Conciliación, Mediación, Justicia Restaurativa. Cuadernos de la ESJ. Revista Pensamiento Penal, 1, noviembre.

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

-Ledesma, A. (2018). Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del art. 59 del código penal. Revista Pensar en Derecho, 13. <http://www.derecho.uba.ar/p>

ublicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/sobre-las-formas-alternativas-de-solucion-de-los-conflictos-penales.pdf.

-Llobet Rodríguez J. (2011). Justicia Restaurativa y garantías en la Justicia Penal Juvenil. Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina, año 4, vol 6, enero-junio.
file:///C:/Users/fheredia/Downloads/13602-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23228-1-10-20140221%20(2).pdf.

-Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. (1985a): Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y de abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, 29 de noviembre. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>.

-Naciones Unidas. (1985b) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), resolución 40/33 de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1985.
<http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado (1990a). Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), resolución 45/112 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990. [https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Directrices%20de%20las%20Naciones%20Unidas%20para%20la%20prevenci%C3%B3n%20de%20la%20delincuencia%20juvenil.%20\(Directrices%20de%20Riad\).pdf](https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Directrices%20de%20las%20Naciones%20Unidas%20para%20la%20prevenci%C3%B3n%20de%20la%20delincuencia%20juvenil.%20(Directrices%20de%20Riad).pdf).

-Naciones Unidas (1990b) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), resolución 45/110 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.
https://www.mpba.gov.ar/files/documents/reglas_de_tokio.pdf.

-Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. (2002). Justicia Restaurativa. Informe de la Reunión del Grupo de Expertos Sobre Justicia Restaurativa.

-Tiffer, C. (2017). Principio de especialidad en el derecho penal juvenil. Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil. Jusbares.

-Vetere, D. (2021). Debates y desafíos actuales en torno a la implementación del art. 59 inc. 6 del Código Penal. <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=1da6fea5a7801e055836c36d7c07c1d6>.

Referencias jurisprudenciales:

-Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", 19/11/1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.

-Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte Idh]. "[Mendoza y otros vs. Argentina](#)", 14/05/2013.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. -Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], "[Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado](#)", causa 1174, Fallos 328:4343, 07/12/2005.

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-maldonado-daniel-enrique-otro-robo-agravado-uso-armas-concurso-real-homicidio-calificado-causa-1174-fa05000337-2005-12-07/123456789-733-0005-0ots-eupm-ocsollaf>.

-Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], "Oliva s/incidente de recurso extraordinario", 27/08/2015.