



Universidad de  
**San Andrés**

**UNIVERSIDAD DE SAN ANDRES**

**Departamento de Derecho**

**JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA CON JOVENES EN  
CONFLICTO CON LA LEY PENAL**

**AGUSTIN LOPEZ ASARO**

**41399182**

**TUTOR**

**DR. RAUL CALVO SOLER**

**SEPTIEMBRE 2022 CABA**

## **INDICE GENERAL:**

- I. **El objetivo del trabajo** (página 4)
  
- II. **Qué es la justicia restaurativa** (página 6)
  
- III. **Contrastes entre el sistema actual del derecho penal de menores en la Argentina y lo que propone la justicia restaurativa** (página 11)
  
- IV. **Por qué la justicia restaurativa** (página 16)
  - . Orígenes (página 16)
  
  - . Objetivos y programas de justicia restaurativa (página 19)
  
  - . Beneficios de la justicia restaurativa (página 20)
  
  - . Beneficios y consecuencias en los distintos sujetos del proceso restaurativo (página 23)
  
  - . Algunos avances hacia una futura justicia restaurativa (página 25)
  
  - . La justicia restaurativa en menores en conflicto con el sistema penal en modelos penales extranjeros (página 30)
  
  - . Discusiones en torno a la aplicación de la justicia restaurativa (página 38).

. Algunos casos de soluciones alternativas al conflicto penal retributivo que presentan alguna impronta restaurativa (página 41).

a. la suspensión del juicio a prueba (página 41).

b. La conciliación y la reparación integral como alternativas a la imposición de penas o medidas de seguridad (página 46).

c. La mediación (página 50).

. Programas y proyectos actuales relacionados con la justicia restaurativa en menores de edad en la República Argentina (página 53).

. Entrevistas a operadores del sistema penal de menores que nos informaran sobre la evolución de los proyectos relativos a la aplicación de las medidas de justicia restaurativa en la Ciudad de Buenos Aires y a nivel nacional (página 57).

V. Conclusiones (página 63).

VI. Bibliografía (página 67).

## I. El objetivo del trabajo

El objetivo de este trabajo consiste en mostrar, presentar, hacer visible e instalar para su debate una visión de la justicia restaurativa en el ámbito de los jóvenes en conflicto con la ley penal que sea entendible para un proyecto futuro de un sistema de justicia juvenil.

Resulta importante destacar que ello no implica para nada la total sustitución o reemplazo de los sistemas tradicionales que ya se encuentran vigentes en el sistema penal juvenil de menores en la República Argentina, lo que se pretende aquí es que, frente a una futura reforma integral del sistema, se contemple la posibilidad de incluir en la discusión la posible adopción de métodos restaurativos como parte de la respuesta al fenómeno delictivo de menores, no de manera excluyente sino complementaria, pues creo firmemente que ello brindará una visión mucho más moderna frente al fenómeno y, a su vez, incluirá estándares internacionales en la materia a los que el país se ha obligado mediante la suscripción de tratados internacionales en materia de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes a los que nuestro país se ha comprometido a implementar.

El sistema jurídico nacional contempla el régimen penal de la minoridad mediante las leyes 22.278 y su modificatoria 22.803, ambos cuerpos legales, a su vez, presentan un sistema a través del cual, para el caso de menores de 16 años que se enfrentan al sistema penal se afirma la no punibilidad de los mismos, adoptándose exclusivamente medidas tutelares según el caso lo requiera y, para aquellos que superan los 16 años y hasta los 18 años, se contempla la no punibilidad para aquellos delitos que se encuentran previstos en el art. 1° de la ley 22.803 y, para los restantes, un sistema que podríamos denominar mixto en la ley 22.278, por el cual se combinan medidas tutelares y, una vez alcanzada la mayoría de edad, la posibilidad de imponer una pena siempre y cuando se verifique que los sistemas tutelares no han alcanzado sus objetivos en el menor.

Evidentemente estas soluciones resultan perfectamente compatibles con un sistema de justicia que también adopte una perspectiva restaurativa y eso es lo que se pretende demostrar a través de este trabajo, explicando concretamente en qué consiste estos modelos de carácter restaurativo, cuáles son sus antecedentes históricos, cuáles son los aspectos centrales del conflicto penal que se pretenden abordar, cuáles son sus beneficios, cómo influyen estos modelos en la persona de los victimarios, las víctimas y la comunidad y qué van a dejar como respuesta en sus personas.

También analizaremos los diferentes modelos de este tipo que se han aplicado en el derecho comparado, cuáles son los intentos de apelar a estos principios a través de

modelos que se utilizan en el país en el marco de un proceso retributivo pero que, pretenden adoptar un enfoque de mayor impronta restaurativa y cuál es nuestra propuesta final para tratar de hacer posible la idea de apelar a sus principios. A su vez en el trabajo se incluirá la opinión de varios operadores del sistema penal de menores que nos darán su visión del tema a través de algunos cuestionarios que han sido elaborados al efecto.

En resumidas cuentas, el sentido de este trabajo es demostrar lo interesante que resulta imaginar la idea del delito de otra forma, de entenderlo como un conflicto suscitado entre personas que integran una comunidad y que ese conflicto debe ser reparado de alguna manera para superar el daño más allá del concepto tradicional del delito. En el caso de la restauración se fomenta la idea de responsabilidad e integración comunitaria, tanto de las víctimas como de los victimarios, en cambio, solamente con una visión tradicional del delito se piensa en obediencia a las normas y amenaza de castigo frente a su incumplimiento.

Esta visión superadora, desde ya no implica para nada el abandono de los modelos clásicos retributivos, resulta inimaginable para mí pensar que podría prescindirse del sistema retributivo para todos los casos que ingresan al sistema penal, más allá de que se trate de personas menores o adultas, ni mucho menos para cualquier tipo de delito. Es más, como se verá más adelante, existen casos en distintos países donde se contempla la imposición de penas propias del sistema retributivo complementadas con propuestas restaurativas en forma conjunta y esto es sumamente destacable.

En síntesis, el objetivo de este trabajo es presentar, para su futuro debate, una visión de la justicia restaurativa en el ámbito de los jóvenes en conflicto con la ley penal que sea entendible para un proyecto de un sistema de justicia juvenil integral que contribuya a la pacificación y que a la vez tenga algún tipo de incidencia a la hora de disminuir los efectos negativos detectados en los modelos punitivos clásicos, pues justamente en niños, niñas y adolescentes creemos que se encuentra el terreno más fértil para la aplicación de la justicia restaurativa como modelo eficaz para contribuir los perjuicios y efectos negativos que hemos tratado de describir brevemente en este acápite. Binder sostiene <sup>1</sup> que *“...el enfoque de la justicia restaurativa es poderoso y estimulante...Por ejemplo, la idea de que el delito es, antes que nada, un conflicto, es decir algo que ocurre “entre personas”, que viven en una comunidad de personas, y que ese conflicto debe ser reparado de alguna manera, es decir, existe una necesidad de compensar lo malo del conflicto y, si es posible, reparar esos daños...Compartimos con Zehr también la idea de que esta mirada sobre el delito es la más antigua, que está sustentada en*

---

<sup>1</sup> (Alberto Binder “Derecho Procesal Penal” Tomo 4 Editorial Ad Hoc, 2018, pág. 521)

*largas tradiciones, y la que surge del sentido común. Sobre ella se ha impuesto en los últimos siglos una mirada distinta, de control disciplinario y administrativo que debilita el sentido de responsabilidad y de pertenencia comunitaria, reemplazándolos por el sentido de sumisión y obediencia...”*

## **II. Qué es la justicia restaurativa**

Según Howard Zehr<sup>2</sup> la justicia restaurativa es “...un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender, colectivamente los daños, las necesidades y obligaciones derivadas de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible...”.

La Justicia restaurativa es un enfoque, un modelo, a través del cual se abordan los conflictos sociales de relevancia jurídico penal de una manera totalmente diferente a los modelos clásicos y característicos de la justicia retributiva.

Denominamos justicia restaurativa en casos de menores en conflicto con la ley penal a aquellos sistemas a través de los cuales la justicia implementa mecanismos por los cuales los menores infractores están obligados a reparar los daños que resultan consecuencia de sus acciones y, para lograr ello, el sistema debe proveer la oportunidad de que reparen lo que han hecho como así también restauren los vínculos dañados con la víctima y la sociedad por lo hecho, en el marco de un proceso que requiere necesariamente la intervención de todos los actores involucrados.

En la justicia retributiva se parte de la idea de que el delincuente ha cometido un delito y por tal razón la justicia debe demostrar su culpabilidad. En cambio, en el sistema restaurativo se considera que una persona ha causado un daño que debe reparar, quien resulte condenado por un delito en el sistema retributivo recibirá un castigo a través de la pena y, por contrapartida, en el sistema restaurativo justamente deberá restaurar ese daño, volver las cosas a su estado anterior en la medida de sus posibilidades.

A diferencia del modelo retributivo, donde solo se toma en cuenta al victimario como sujeto del reproche, prescindiendo de la víctima o de la comunidad, en el proceso restaurativo quien ha causado el daño va a tener una participación activa junto a la víctima y la comunidad, donde va a intervenir reconociendo su obligación y responsabilidad de restaurar el daño ocasionado, de reparar el desequilibrio generado por el acto ilícito dándole así un reconocimiento a la víctima.

---

<sup>2</sup> Zehr Howard, “The Little boof of restorative justice” Good Books, Estados Unidos, 2002, pág. 13.

También es importante señalar que las prácticas en un sistema de justicia restaurativa no sólo tienen el fin de generar el encuentro entre los involucrados en un ambiente puramente de diálogo, es algo más, es un proceso que debe ser provisto a través del Estado para propiciar justamente la reparación de las víctimas y de la sociedad frente a los comportamientos desviados de quienes provocan daños, que constituyen a su vez el quebrantamiento de normas penales, reconociendo y aprendiendo las consecuencias de sus actos y el deber de reparar.

Una de las cosas que me quedaron claras es que la justicia restaurativa no se limita a resolver meros conflictos, pues hay conflictos que no son delitos y delitos que no implican conflictos, por lo que pude entender, estamos en presencia de daños que implican quebrantamiento de normas.

También me queda claro que la sola restauración del daño ocasionado a la víctima no basta para dar por cumplidos los modelos de justicia restaurativa, sobre todo en el caso de los menores que entran en conflicto con la ley penal, me parece que, como ya se dijo, existe un proceso formativo en el menor a través del cual, reconociendo el daño ocasionado a la víctima y a la sociedad y su deber de reparación, lo que se pretende es que él tome real dimensión de lo ocasionado y en lo futuro no vuelva a cometer esas conductas lesivas.

Por ello el sistema de justicia restaurativa, sobre todo de menores en conflicto con la ley penal, no puede quedar limitado en una simplista respuesta de prever o contemplar dos o tres formas de solución compositiva de los conflictos como única respuesta frente a la alternativa de la pena. Con esto quiero decir que si la medida restaurativa resulta una especie de alternativa o amenaza a quien ha delinquido para que la cumpla o si no se le impone una pena, no estaríamos hablando de una respuesta restaurativa. En los modelos de justicia restaurativa para menores de edad en conflicto con la ley penal el abordaje debe priorizar también el aspecto formativo, incluso después de haberse arribado a una supuesta solución al conflicto.

No se desconoce que pueden existir reparos o interrogantes frente a los sistemas de justicia restaurativa, mayormente se enfocan en tres interrogantes. El primero es si los sistemas de justicia restaurativa realmente permiten corroborar una responsabilización y un aprendizaje de las consecuencias que generó el conflicto. A ese interrogante se le puede responder que bajo un sistema de estas características las partes pueden trabajar de un modo serio mediante la intervención de profesionales especializados en conflictividad en materia penal y con herramientas y procedimientos apropiados para poder lograr la restauración como objetivo.

El segundo interrogante que se da mayormente es si la justicia restaurativa puede aplicarse a cualquier delito, tal como lo afirmaré en las conclusiones, adelanto desde ya

que a mi entender la justicia restaurativa no tiene por qué ser privativa de un determinado delito y no de otro. Con esto también reitero que ello no implica que cualquier conflicto penal pueda ser resuelto a través de la justicia restaurativa, obviamente existen hechos graves o comportamientos humanos aberrantes, inclusive cometidos por los menores de edad, que seguramente harán imposible, al menos en un primer abordaje, la aplicación de métodos restaurativos, pero ello no implica que a la par de la aplicación de los sistemas ya contemplados en los modelos retributivos, durante el proceso o inclusive luego ya en el momento de la ejecución de un eventual penal, se pueda acompañar a la misma la aplicación de métodos de justicia restaurativa que nunca restaran en el resultado final, seguramente harán un aporte positivo a la solución del conflicto. Con esto quiero decir que la justicia restaurativa, en el caso de menores en conflicto con la ley penal debiera ser siempre la primera respuesta y recién, una vez descartada su posible aplicación al caso, pasar al modelo punitivo clásico, más allá del delito que se trate y el conflicto al que nos enfrentemos. Quienes plantean esos reparos son, a mi entender, aquellos que, equivocadamente, equiparan justicia restaurativa con abolicionismo y, por tal razón, lo reservan solo para casos de delitos menores.

Finalmente, el tercer interrogante versa sobre si realmente es posible afirmar la eficacia de estos sistemas de justicia restaurativa. La respuesta a esto para mí se debe dividir en dos partes. La primera, difícil será suponer resultados que aún no tenemos en el marco de un verdadero sistema de justicia restaurativa. Lo cierto es que si existen modelos en sistemas extranjeros que han arrojado resultados sumamente positivos y serán desarrollados más adelante en este trabajo. Por otro lado, si vemos la aplicación de algunas medidas dentro del sistema retributivo en el país, que tienen una impronta restaurativa, como las enunciaremos más adelante, veremos que los resultados han sido positivos a nivel de la legislación nacional como así también provincial, donde se han realizado intentos en este sentido con resultados destacables. Por tal razón, frente a las dudas sobre la eficacia de la aplicación de un sistema de justicia restaurativa se podría decir, que si solamente apelando a fórmulas o soluciones alternativas al conflicto penal, que reitero no son restaurativas pero tienen algunas intenciones en ese sentido, los resultados son satisfactorios, por qué razón no podríamos deducir la efectividad de una eventual aplicación de un sistema de justicia restaurativa?, me parece que quedarnos con la duda y no avanzar en tal sentido por la falsa presunción de que no será eficaz, resulta una visión no solamente conservadora, sino también pesimista. Creo que con solo verificar la solución restaurativa en un limitado número de casos con resultados positivos, ya habremos hecho un avance marcado. Como plantea Karina



Battola<sup>3</sup> “...el planteo formulado no supone solamente brindar una respuesta a la crisis judicial descomprimiendo el sistema de justicia o garantizarle a la víctima un protagonismo en el abordaje del conflicto. Sino, además, implica una retracción del poder político al ofrecer un modelo de tratamiento de la conflictiva penal que lo aborde de modo específico. Con ello, se disminuyen los niveles de violencia del poder penal sin que se cuestione la facultad punitiva del Estado, en razón de que el trabajo no se basa en posturas abolicionistas. Por el contrario, desde una mirada del derecho penal mínimo con el actuar complementario de los presupuestos del modelo de justicia restaurativa, se considera conveniente de pensar en prácticas que prevean como primera respuesta institucional y como solución no penal, la reparación de los perjuicios que se hayan ocasionado...”.

Entender un modelo de justicia restaurativa en esos términos, pone en igualdad de condiciones a la persona de la víctima quien en los procesos retributivos resulta casi olvidada, centrándose los mismos solamente sobre persona del infractor. En el marco del proceso restaurativo, la víctima debe recuperarse frente al desequilibrio ocasionado con motivo del daño que se le ha ocasionado, es un reconocimiento de su condición de integrante de la comunidad que se ha visto afectado y que merece una reparación en el marco del proceso restaurativo que necesariamente no debe ser revictimizador.

Por otro lado la comunidad también deberá tener un rol de contención y comprensión de todas las partes involucradas en el conflicto, máxime cuando puede ser corresponsable en el daño y consecuentemente victimaria o, en su caso, víctima. A su vez el proceso restaurativo no se agota en las personas involucradas, la víctima, el victimario y la comunidad son un fin en su mismo que colaboran a la idea de la pacificación frente a los conflictos de forma general, con un mensaje que excede al mero conflicto que los involucró en el caso en concreto.

El fin último de un proceso restaurativo que adopte un sistema de justicia restaurativa es que, en el caso concreto, los victimarios reconozcan lo que han hecho, se hagan responsables y reparen lo realizado. En el caso de las víctimas es necesario que puedan gestionar sus emociones de manera madura, que se reconozcan a sí misma como víctima y, a su vez estén dispuestas a participar en el proceso restaurativo. Finalmente, en lo que respecta a la comunidad se exige, en primer lugar, que asuma las condiciones de las víctimas y victimarios antes enunciadas, las acepte como partes integrantes de la comunidad, no las expulse o las niegue como tales y aborde una estrategia restaurativa frente al conflicto.

---

<sup>3</sup> Karina E. Battola “Justicia Restaurativa Nuevos Procesos Penales” Alveroni Ediciones, Córdoba 2014, pág. 26.

Las propias condiciones del proceso restaurativo exigen un escenario que muchas veces puede ser inapropiado para el abordaje del problema, quizás frente a ese dilema la intención debería ser la de investigar y determinar por qué razón no es posible cumplir con las exigencias, pero tampoco, frente a ese déficit, la idea no es prescindir de una respuesta. Lo que si es importante destacar que en materia de jóvenes en conflicto con la ley penal, el sistema debe tender, en mayor medida, a inclinarse por los modelos restaurativos, por ser formadores, educativos, inclusivos y, a mi entender, mucho más eficaces desde el punto de vista preventivo frente a la evitación de futuros comportamientos similares.

Me queda claro también que los procesos restaurativos son mucho más que un encuentro entre las partes involucradas en un espacio de mediación, conciliación, conferencias o círculos, donde se trata de abordar una solución, quizás la solución esté en que ese encuentro no se materialice y no por ello no se adopte una estrategia restaurativa, si se pueden respetar y hacer efectivos los fundamentos y fines del proceso restaurativo.

Otra cosa que queda clara es que la justicia restaurativa y las practicas restaurativas no son exactamente lo mismo, es más, muchas veces sucede que bajo el manto de prácticas supuestamente restaurativas se está dando respuestas que tienen un claro enfoque retributivo. Por lo que entendí, las practicas restaurativas pueden existir mas allá del sistema jurídico, que necesariamente las puede legitimar como tales en el marco de un proceso penal, pero ello no hace que se transformen en sinónimos.

Resulta también importante destacar que las practicas restaurativas pueden ser utilizadas mas allá de que no exista una víctima determinada, como por ejemplo, imagino un caso de un menor que tenga en su poder dos o tres cigarrillos de marihuana, aquí pareciera que en el marco de la comisión de un delito de acción pública (tenencia de sustancias estupefacientes), el único bien jurídico afectado sería la salud pública. La pregunta es si se puede frente a este caso adoptar una práctica restaurativa y ello sería posible mediante el trabajo sobre la persona del menor infractor exclusivamente. Igual situación se daría en el caso en que a víctima considerara que no ha sufrido daño alguno o, inclusive, se reconoce como víctima pero justamente por su madurez, considera que la respuesta del sistema frente a la agresión, debe ser el abordaje y aprendizaje del menor victimario a quien consideran que se debe ayudar.

El abanico de prácticas restaurativas que existen es muy variado, existen prácticas como la mediación entre el victimario y la víctima, las modalidades de conferencias de familias, conferencias restaurativas o grupos comunitarios, donde se reúnen la víctima, el infractor, la comunidad, las familias de ambos, amigos, vecinos, en ese marco se trata de buscar soluciones que ofrezcan restauración a la víctima, a la comunidad y a la vez

generen un efecto positivo en la persona del menor infractor, que de esa forma se siente parte de la comunidad que lo educa y contiene y no un “marginal” que se encuentra fuera del sistema y completamente desprotegido, viendo enemigos en todos lados. Estos ejemplos no constituyen un *numerus clausus*, las soluciones alternativas deben ser abiertas y también se debe prestar atención aquí a que estas soluciones son las que se utilizan cuando se está en un marco o cuadro de situación apropiado para el abordaje restaurativo, muchas veces eso no sucede, las partes involucradas no están predispuestas a ninguna solución restaurativa y pretenden solamente castigo y venganza, inclusive muchas veces ese razonamiento también proviene de la comunidad misma. En esos casos la tarea de la justicia restaurativa es mucho más compleja, pues primero el Estado debe abordar la gestión restaurativa para poder generar el ámbito y la predisposición apropiada en todos los potenciales sujetos del proceso restaurativo y recién después iniciar el abordaje restaurativo propiamente dicho.

Como síntesis de todo lo antes expuesto entiendo que un sistema de justicia restaurativa es aquel que incluye en su modalidad de abordaje de los conflictos penales, que no son más que delitos, las prácticas restaurativas y que involucran un enfoque menos limitado que los modelos retributivos clásicos, pues involucran a los victimarios y víctimas como así también a la comunidad toda en el proceso restaurativo. Estos modelos se transforman en una alternativa a la pretensión exclusivamente punitiva del Estado en los sistemas retributivos pero no necesariamente son excluyentes, por lo menos así lo entiendo, en el sentido que pueden complementarse y lo que es más, inclusive aplicarse más allá de la imposición de una pena o una medida de seguridad de manera conjunta como respuesta.

### **III. Contrastes entre el sistema actual del derecho penal de menores en la Argentina y lo que propone la justicia restaurativa**

- 1) En el modelo clásico del régimen penal de la minoridad vigente (leyes 22.278 y 22803) se responde a una idea más cercana al concepto retributivo. El delito es una infracción a la ley penal que involucra un alzamiento contra el orden jurídico. Por contrapartida, en un modelo restaurativo el concepto resulta completamente diferente, pues lo que se genera o causa es un daño a otra persona (víctima) que debe ser reparado.
- 2) En el modelo retributivo en delito se considera una infracción a la ley del Estado y, por contrapartida en un modelo de justicia restaurativa se parte de la idea de que el delito causa un daño a una persona que genera una situación de conflicto.

- 3) El fundamento de la justicia retributiva es el reproche en la culpabilidad de infractor, en cambio, en la justicia restaurativa el fundamento es la solución del conflicto suscitado entre las partes.
- 4) La relación de las partes en el sistema retributivo resulta asimétrica y se los considera adversarios. Por contrapartida el sistema restaurativo tiende a reparar esa asimetría y generar una situación de dialogo posible que permita la restauración del daño ocasionado.
- 5) La consecuencia directa del sistema de justicia retributiva es la imposición del castigo a través de la pena, en el sistema restaurativo la consecuencia ideal que se pretende es la restauración del daño.
- 6) A su vez, en el sistema retributivo al daño ocasionado por el delito se le suma el daño que genera la imposición del castigo (al mal le sumamos mal). En el sistema restaurativo la consecuencia del daño ocasionado por el infractor es la restauración del mismo como resultado positivo (al mal le sumamos bien).
- 7) En el sistema retributivo la víctima y la comunidad quedan excluidas del conflicto, el Estado “expropia” el mismo y lo hace propio para castigar al infractor. En el sistema restaurativo la víctima y la comunidad se suman al proceso restaurativo de manera activa en la búsqueda de la restauración.
- 8) El proceso retributivo es exclusivamente adversarial, con partes enfrentadas, en el proceso restaurativo las partes adoptan una actitud colaborativa con la intención de superar el conflicto.
- 9) En el proceso retributivo la sanción es la reacción del Estado contra el infractor, más allá de que ninguna consecuencia ello acarrea a la víctima y a la comunidad. En el proceso restaurativo las necesidades de ambos son atendidas porque forman parte de la solución del conflicto. Sin solución a las demandas de la comunidad y de la víctima no hay solución posible.
- 10) En el sistema retributivo el infractor es considerado un delincuente que debe cumplir la pena como deuda que tiene con el Estado. En el proceso restaurativo el infractor es una persona que puede responsabilizarse y comprometerse en la reparación del daño.
- 11) En el proceso retributivo la pena tiene un efecto estigmatizante y siempre negativo, en cambio, en el proceso restaurativo la restauración tiene un efecto que posiciona al infractor de manera positiva frente a la víctima y a la comunidad.
- 12) En el sistema retributivo no se estimula el perdón, por contrapartida en el modelo restaurativo se procura el pedido de perdón.

- 13) En el modelo retributivo la respuesta al delito solamente la da el Estado como titular de la pretensión punitiva, en el sistema restaurativo la respuesta proviene de la intervención conjunta de todas las partes, víctima, victimario y comunidad.

Desarrollando de manera un poco más amplia las diferencias que hemos sintetizado más arriba, vemos que el esquema clásico solamente toma en cuenta expectativas de comportamiento pero tiende a dejar afuera las consecuencias que sufren las víctimas del delito, las posibilidades de reparación de daños productos de los mismos, quedan totalmente afuera. En ese escenario aparece la justicia restaurativa como una alternativa, una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad respecto de cada persona, no solo del victimario, sino también de la víctima, pues construye la comprensión y fomenta la armonía social mediante la sanación de la víctima, del infractor y de la comunidad.

En cuanto al fundamento de la justicia restaurativa, si entendemos el delito como una infracción a la norma penal, lo que se pretende demostrar en un proceso de estas características es la culpabilidad como una única respuesta posible, concretamente el propio castigo, el castigo es parte del derecho penal, no lo negamos, pero no puede ser el único factor que opera como respuesta social a ese daño, queda a medio camino de un sinnúmero de contingencias relacionadas con el fenómeno criminal que quedan afuera. Por ello en los modelos de justicia restaurativa el fundamento es la solución de la situación de conflicto y la asunción de la responsabilidad en torno a la reparación. La idea de restauración tiende a eliminar el "odio" como justificativo y respuesta para erradicar la violencia, se pretende fomentar la participación ciudadana en la resolución de los conflictos, con la idea rectora de que frente al mal causado por el delito, más allá del castigo, pueda haber algo más, algo que permitan construir paz, consenso social, pacificación. En el sistema retributivo, a mal producido por el delito se le suma el mal causado por la pena. En un juego de sumas, desde el punto de vista social comunitario solo queda el mal, nada positivo se extrae de dicho proceso.

En lo que respecta a la víctima, ambos sistemas tienen una marcada diferencia, queremos decir con esto que en el sistema retributivo actual del sistema de menores, la víctima y la comunidad resultan excluidas, el Estado se transforma en exclusivo sujeto de imposición de la pena frente al solitario victimario, por contrapartida, la comunidad, en el sistema restaurativo se transforma en un sujeto más que interviene activamente en la promoción de los procesos restaurativos, a través de su gestión en casos de difícil abordaje como así también en los supuestos en que se facilita la adopción y tratamiento de los métodos. Esto también redundaría en el hecho que, en el proceso retributivo clásico el imputado es alguien a quien hay que perseguir y condenar o, a lo sumo, en el caso

de un menor, tutelar en caso que su grupo familiar o continente no puedo hacerlo. En cambio, en un proceso restaurativo las personas involucradas, incluidas la víctima y la comunidad participan y se involucran en la situación, llegan a una solución que como resultado del proceso restaurativo puede, a diferencia de la suma de males en el sistema retributivo, llevar a un resultado final positivo. El proceso de restauración pone a la víctima en una situación de protagonismo que el esquema retributivo no contempla, recordemos que en los tiempos de la inquisición el delito era considerado un pecado, el infractor al delinquir se alzaba contra las leyes de Dios y respondía ante él exclusivamente, ese resabio inquisitivo es la matriz filosófica de razonamiento de los modelos exclusivamente retributivos, cuyo fracaso e injusticias ya han sido demostrados a lo largo de varios siglos de historia del pensamiento penal. Cuando a la víctima se le da la posibilidad de expresar el impacto y las consecuencias que le produjo el suceso disvalioso y resulta escuchada, seguramente tendrá mayores posibilidades de recomponer su relación con el autor de la infracción.

Respecto de la figura del victimario, los modelos retributivos entienden al mismo como un delincuente infractor, es aquella persona que quebrantó la norma y por tal razón debe ser penado, en cambio en un modelo restaurativo, se lo concibe como una persona que se puede responsabilizar y comprometer en la reparación del daño. Esto a su vez tiene otra consecuencia inmediata que es diferencial en ambos modelos, pues la pena como respuesta tiene un efecto estigmatizante de carácter negativo que, en el caso del modelo restaurativo se transforma en una acción reparadora que lo enaltece y genera efectos positivos en términos sociales. Esto también tiene directa relación con el concepto de perdón, pues en los modelos retributivos no se pretende ni se busca el concepto de perdón, en cambio, en un modelo restaurativo sí se propugna el mismo con la intervención activa de la comunidad y la víctima.

Como síntesis de todo lo expuesto, al confrontar ambos modelos, el clásico retributivo frente al de la justicia restaurativa, éste considera que la responsabilidad por la causación de un daño debe ser resuelto como un supuesto conflictivo, donde se ha producido un daño y que debe ser reparado, necesitamos entender el ilícito penal bajo otro concepto totalmente diferente. Como dice el profesor Raúl Calvo Soler <sup>4</sup>“...*El modelo restaurativo de justicia va a proponer desplazar la visión desde la culpabilidad hacia la visión desde el daño. Para el modelo restaurativo lo importante, en primer lugar, es tener claro cuando se produce un quebranto normativo, hay un daño que alguien ha sufrido (víctima). Ignorar ese daño supone, finalmente, menospreciar a la víctima y convertir a la acción sancionadora en un fin en sí mismo...*”.

---

<sup>4</sup> (Raúl Calvo Soler, “Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas” Biblioteca de Infancia y Juventud, Ed. Ned, edición e-book, páginas 16 y siguientes)

Con esto se quiere decir que uno de los pilares sobre los que se asienta el modelo restaurativo es que no hay posibilidad alguna de que el mismo prospere si no se verifica una reparación del daño, la idea de la culpa o el reproche frente a un juicio de culpabilidad tal como tradicionalmente conocemos debe ser desechado, eso no significa en lo más mínimo que no exista una asunción de responsabilidad por el daño ocasionado por el infractor, nada más alejado de ello, pero lo que no podemos imaginar es el inicio de un proceso restaurativo basado sobre la idea del reproche como culpabilidad, pues el mismo lleva implícita una carga de odio y rechazo contraria a los fines del proceso restaurativo como mecanismo de pacificación individual y social.

Cuando hablamos de reparación, el supuesto infractor asume que sus acciones han generado un daño concreto a otra persona, que ese daño inclusive puede alcanzar a la familia del afectado, a su propia familia en cuanto a distintas consecuencias y, también, a la sociedad toda.

Desde ese momento inicial de reconocimiento, comienza ya la idea de reparación como una vuelta atrás de las cosas malas que han ocurrido, quien asume, a mi entender, que ha causado un daño, seguramente ya ha desandado un gran tramo del proceso reconstructivo frente al mismo. Como vemos entonces, aquí entra el segundo aspecto central o pilar de los modelos restaurativos, que es la asunción de responsabilidad por el daño ocasionado, ello pone en una situación empática al infractor frente a la víctima, quien se ve reconocida y consecuentemente inicia un camino de interacción con quien la perjudicó y de esa manera facilitan ambos en un proceso de ida y vuelta, la resolución del conflicto.

Como tercer pilar debe haber un compromiso de la sociedad de que a través de estos procesos se reconstruya y se colabore hacia la paz social. El sistema debe proveer la oportunidad de que los jóvenes reparen los daños causados y así se pueda restaurar el vínculo roto con la víctima y la comunidad. Una sociedad que propugna estos modelos es una sociedad mucho más adulta, el Estado, a través de sus agencias penales, debe promover estos procedimientos pacificadores, abandonando y reservando solamente como "ultima ratio" la retribución penal como respuesta, lo ideal sería que la hipótesis restaurativa fuera la primera herramienta a utilizar en un conflicto penal, ello no implica derogar de hecho la existencia del mecanismo retributivo, restauración no es abolicionismo, es la apelación un medio pacificador previo.

De manera mucho más abarcadora, el profesor Raúl Calvo Soler<sup>5</sup> añade de manera más sistemática algunos de los conceptos claves de los sistemas restaurativos que deben guiar su aplicación, como ser la idea, ya mencionada, de reemplazar la culpa por

---

<sup>5</sup> (Raúl Calvo Soler, "Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas" Biblioteca de Infancia y Juventud, Ed. Ned, edición e-book, páginas 16 y siguientes)

el daño, el reconocimiento del infractor frente a la imputación, la responsabilización de éste, el sentirse obligado a la participación, el desequilibrio (por la situación injusta causada por el daño), el restaurar, el reconocer, el evitar la alineación y la victimización, el empoderamiento, la decisión y el control y, finalmente, el evitar la revictimización, son todos conceptos propios de los modelos restaurativos que serán tratados más adelante en este trabajo pero que desde ya se adelanta, son imprescindibles para hacer al mismo un modelo eficaz y acorde al reconocimiento de los derechos humanos, tanto de las víctimas, como así también del menor involucrado con la conflictiva penal.

#### **IV. Por qué la justicia restaurativa**

##### **Orígenes**

En primer lugar, resulta importante destacar que, en términos generales, los conceptos de justicia restaurativa como algo novedoso y sin entrar en distinciones entre derecho penal de adultos o menores se remontan a hace unos treinta años aproximadamente, no obstante lo cual, existen registros históricos que hablan de la gestión del conflicto en términos restaurativos desde el comienzo mismo de la humanidad. Como cita Teresa del Val en el artículo “Antecedentes de Justicia restaurativa en algunas poblaciones originarias ancestrales y en algunas religiones”<sup>6</sup> se encuentran registros de procesos restaurativos de conflictos en la cultura hawaiana (“Ho’oponono”, que significa “algo suceda correcto”), en la cultura Maorí (“Whanau Awhina”, que significa “cuidar, velar, proteger a la gran familia”), en Canadá, que juntamente con Nueva Zelanda y Estados Unidos fueron los primeros países en aplicar la justicia restaurativa, concretamente en Canadá comenzó en Alberta, Ontario y Yukón, allí vivían indios cerca del lago de Ontario que ocupaban en valle de Mohawk y se guiaban por un sentido comunitario que no permitía sostener que un miembro de la comunidad sea “excluido a la cárcel” pues ello sería contrario a los intereses y estabilidad del propio grupo. Me permito aquí recordar y hacer un paralelo con las teorías utilitaristas en términos sociales de Jeremy Bentham que posteriormente se vieron reflejadas en las teorías de la pena que se basaban en una legitimación a través de la prevención especial positiva.

También menciona la autora citada, que en el suroeste de Estados Unidos, en el siglo XII, se establecieron los “Navajos” procedentes de Canadá, que eran un pueblo de cazadores y recolectores que, con el paso de los años, se establecieron al punto de tomar el primer contacto con el gobierno de los EEUU en 1846, hasta que fueron

---

<sup>6</sup> (Teresa Del Val publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2019-1 “Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal” publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2019-1 director Edgardo Donna, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, página 49 en adelante)



sometidos en 1868. Este grupo registra los primeros antecedentes de mediación como solución a los conflictos tribales que denominaban como “obrador de la paz-peace maker”.

También se rescatan en nuestro país antecedentes de soluciones restaurativas en la cultura mapuche en los “wichan” (juicios mapuches) que eran resueltos por los “lonkos y ulmen” (hombres sabios) quienes tenían esencialmente en cuenta el equilibrio afectado por la ofensa cometida. De igual manera en la religión también se registran antecedentes similares de restauración como solución al conflicto.

Por los antecedentes citados, vemos que no resulta casual entonces que los conceptos actuales de justicia restaurativa, tal como lo conocemos hoy en día, hayan surgido primeramente en los Estados Unidos y en Canadá en la década del 70.

Ya en concreto relacionado con los jóvenes en conflicto con la ley penal comenzó en esa época a flotar la idea de que en relación a la delincuencia juvenil la respuesta punitiva no era apropiada para la resolución del conflicto penal. Se entendía que en el proceso de judicialización de un menor, la víctima debía tener un rol mucho más activo en el cual para la resolución del conflicto se debe apelar a la mediación comunitaria, dándose prioridad así a la conciliación con la víctima, más que a la imposición de una pena.

La conciliación con la víctima contribuía a la paz, buscando reparar y sanar a la víctima que se involucraba personalmente en el conflicto de manera más activa, a diferencia de los modelos clásicos en los cuales, frente al conflicto penal, el Estado expropia el mismo en su favor y transforma el proceso penal en una interacción que involucra solamente al victimario frente al poder estatal y la víctima quedaba totalmente afuera del conflicto.

Tanto en Canadá como en Estados Unidos los primeros proyectos de justicia restaurativa concretos datan del año 1972, apelando fundamentalmente a proyectos de conciliación de delincuente y víctima y en los cuales tuvieron mucha influencia grupos religiosos como los menonitas, quienes concretaron, en el año 1978 el primer programa denominado “Reconciliación víctima/ofensor” del condado de Elkhart, Indiana, estableciendo en EEUU el primer VORP (“Victim Offender Reconciliation Project” Programa de Reconciliación entre Víctima y Ofensor”. Por su parte Howard Zehr, menonita, se conoce como el padre actual de la justicia restaurativa, autor del libro “El pequeño libro de la justicia restaurativa” y que aclara que “...*Sobre todo, la justicia restaurativa es una invitación a conversar con el fin de apoyarnos mutuamente y*

*aprender unos de los otros. Nos recuerda que, en efecto, somos todos interdependientes, parte de una gran red de relaciones humanas...”*<sup>7</sup>

Otro de los antecedentes de primeros casos de aplicación de la justicia restaurativa se dio en Kitchener, Ontario, Canadá, en relación a dos jóvenes que fueron capturados en luego de actos de vandalismo en los que causaron daños a 22 propiedades. En este caso los jóvenes conciliaron con las víctimas y acordaron afrontar los daños ocasionados para superar el conflicto. Esto originó la formación del primer programa de justicia restaurativa en la Ciudad de Kitchener que fue conocido como “Programa de reconciliación entre víctimas y ofensores”. También, frente al éxito de esta experiencia en Elkhart, Indiana, comenzó un programa a pequeña escala a cargo de oficiales de libertad condicional que inicio el camino de la solución al conflicto penal que involucraba a los menores a través de la justicia restaurativa. En tal sentido, como en Estados Unidos no se aplica el principio de legalidad sino el de oportunidad, el escenario procesal era mucho más apropiado que con sistemas que no admiten dicha forma de extinción del proceso. Por otro lado, existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos del año 1967 que marcó una tendencia muy importante en materia de derecho penal juvenil, en el caso “Gault” la Corte dijo que bajo la solapada argumentación de proteger a los jóvenes en conflicto con la ley penal, se llegaba a soluciones o intervenciones mucho más gravosas y fuertes hacia los mismos, inclusive de respecto de los mayores de edad, no respetándose las garantías mínimas del debido proceso en muchos casos. En dicho precedente se destacó la ideología del tratamiento frente a la ineficacia de la respuesta retributiva como fundamento del mero castigo al delincuente menor. Se consagraba en dicho precedente que la intervención de equipos interdisciplinarios de profesionales se podría obtener la rehabilitación de los delincuentes y en especial los jóvenes.

Por otra parte, países como Inglaterra incorporaron el concepto de “diversión” como manera de no llevar adelante procesos judiciales contra menores infractores de la ley penal, también países como España, Alemania, Holanda, Noruega, Finlandia, Italia, Francia, Bélgica y Austria, entre otros implementaron programas de mediación entre víctimas e infractores dentro de programas de justicia restaurativa. Otro ejemplo es Nueva Zelanda que a partir de 1989 centró todo el programa de justicia penal juvenil sobre modelos restaurativos.

---

<sup>7</sup> (Teresa Del Val publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2019-1 “Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal” publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2019-1 director Edgardo Donna, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, página 73).

Ya a partir del año 2001, con la declaración de Viena del X Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente se manifestó la necesidad de inclinarse por estos modelos, en busca de la conciliación, la armonía y la paz, no habiéndose detenido el camino hacia el avance de ese tipo de soluciones alternativas al conflicto penal hasta hoy en día.

### **Objetivos de los programas de justicia restaurativa**

Siguiendo los lineamientos del profesor Dr. Raúl Calvo Soler, los objetivos de los programas de justicia restaurativa deben ser clasificados en objetivos primarios y secundarios, los primeros son a corto y mediano plazo mientras los segundos son a largo plazo. A su vez, deben ser clasificados según los sujetos del proceso restaurativo, es decir, la víctima, el victimario y la comunidad.

- A) Respecto de la víctima, el objetivo primario de los sistemas restaurativos es que sea reparada del daño que se la ha ocasionado, pues la acción ilícita provoca un desequilibrio que debe ser corregido, la víctima agredida debe volver a sentir que ha recuperado el control de su vida que ha sido afectado por ataque que ha sufrido. El proceso restaurativo que la lleve a ese estado debe ser reparador pero a la vez cuidar de no transformarse en revictimizante, ese es otro objetivo de la justicia restaurativa en la víctima, de carácter secundario, al igual que el concepto de autonomía de la víctima, pues la restauración no es retribución del daño ocasionado, es algo mucho más importante, es lograr poner a la víctima agredida de nuevo en su lugar, que recupera el control de su vida y sus derechos, si a una víctima se la usa como medio, sea por ejemplo para obtener algo en contra del imputado, por ejemplo una condena o, en su caso usarlo como ejemplo para el resto de la sociedad, se está utilizando a la víctima revictimizándola.
  
- B) Respecto del victimario el objetivo primario es que el proceso restaurativo tiene que ser útil para que el mismo aprenda sobre las consecuencias de sus actos y así pueda recomponer los lazos que sociales que su propio comportamiento produjo. El menor es un sujeto que se encuentra en un momento de formación en su vida y por tal razón este modelo restaurador se transforma en una herramienta fundamental, si recompone sus vínculos, se recompone como individuo, que en definitiva es lo que se pretende en este tipo de modelos.

En lo que hace a los objetivos secundarios podemos mencionar dos fundamentales, uno es que el proceso restaurativo no se transforme en un proceso estigmatizador, pues de serlo así será equiparado a un modelo retributivo y ello no es lo esperable. Ya dijimos que cuando el menor repara el daño, a diferencia de cuando cumple con una sanción o solamente se lo dispone tutelarmente, realice un aporte social positivo y ello no puede ser estigmatizante, es parte de un proceso de formación del menor y tiene un valor de aprendizaje destacable. Por otro lado, también es un objetivo secundario de este proceso que el joven infractor no reincida como consecuencia lógica del proceso formativo restaurador de su personalidad.

C) Finalmente, en lo que respecta a la comunidad como sujeto que también participa del proceso restaurativo, el objetivo primario es que la misma sea también restaurada por el daño ocasionado por el victimario, aunque en algunos casos la comunidad puede funcionar como víctima o victimario a la vez, es decir, tener algún tipo de corresponsabilidad en la comisión del daño, por lo cual en esos casos también deberá aprender a reconocer su responsabilidad por aquellos daños que provoque como así también reparar los mismos como comunidad victimaria. Muchas veces la comunidad puede tener actitudes frente a un victimario que terminan transformándola en corresponsable de lo ocasionado por el primero o, inclusive, determinar al menor a tener conductas dañosas por su incorrecta intervención, ello es perfectamente posible. A su vez, como objetivo secundario a largo plazo del proceso de justicia restaurativa, deberá contener y acompañar tanto a víctimas como a victimarios como consecuencia del proceso restaurativo.

### **Beneficios de la justicia restaurativa**

Los beneficios de los programas de justicia restaurativa son muchos y pasaremos a enunciarlos en esta parte del trabajo. En primer lugar partes de la base las partes de un conflicto deben estar activamente involucradas para resolver y mitigar sus consecuencias negativas, como una forma de construcción social. De esta forma se busca solución pacífica de los conflictos, apelando a la comprensión, a la ausencia de odio, la tolerancia y la inclusión social de aquellos que han tenido comportamientos desviados.

Existen formas de solución alternativa al conflicto que actualmente utilizan y que tienden hacia el paradigma restaurativo, aunque en realidad no lo son, parten de un modelo a

la imposición de la pena pero que deja de integrar un sistema retributivo pero no hay que quedarse con una visión taxativa de soluciones en ese único sentido, pueden haber otros caminos que explorar desde la justicia restaurativa que ofrezcan a las comunidades nuevas soluciones, sobre todo en un terreno tan propicio como los menores en conflicto con la ley penal, cuando de menores se trata, la participación de la comunidad como interesado en la solución no es una afirmación vacía, los destinos de la sociedad en manos de las futuras generaciones necesariamente requiere el compromiso de resolver esos problemas actuales que en apariencia solo involucran al autor y la víctima pero que, más adelante, y de no abordarse, traerán consecuencias disvaliosas para la sociedad toda. Con esto queremos decir que si bien el espíritu de este trabajo se orienta exclusivamente al derecho penal, se debe tener en cuenta que el proceso restaurativo también se puede utilizar para solucionar conflictos en una gran variedad de contextos y ambientes, incluyendo las escuelas y los lugares de trabajo.

En cuanto al fundamento de política criminal relativo a la necesidad de debatir su implementación como así también sus beneficios, cabe hacer algunas consideraciones. En primer lugar, uno de los errores que avizoro es que existe una tendencia a asimilar la política criminal de un Estado con la mera actividad legislativa sobre materias penales. La política criminal de un Estado debe ser analizada de manera mucho más amplia a como al menos la vemos actualmente. Se trata de una sumatoria de decisiones que hacen a políticas que exceden a lo meramente legislativo y que constituyen una multiplicidad de decisiones y políticas estatales relacionadas con el fenómeno del delito, ese abordaje debe ser multidisciplinario y tiene que contemplar en su análisis un sinnúmero de factores que confluyen hacia ese fenómeno.

De esta manera, el abordaje de las problemáticas no se va a concentrar exclusivamente en una supuesta solución cuasi mágica que ponga fin al delito. En lo que al tema respecta, la necesidad de adoptar soluciones concretas cuando nos referimos a niños, niñas o adolescentes que se enfrentan al sistema penal, los modelos clásicos vigentes pueden ser complementados con otros modelos más novedosos como el restaurativo.

Para concluir, y en el sentido que nos hemos pronunciado, me parece apropiado aquí rescatar los beneficios y las características más importantes de los programas de justicia restaurativa según el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas (2006), que constituyen un resumen de lo que se explica en este capítulo:

- Una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima que permite que cada caso sea considerado individualmente;

- Una respuesta al crimen que respeta la dignidad y la igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades;
- Una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmáticos sobre los delincuentes;
- Un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional;
- Un método que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto; Una metodología orientada a los daños y necesidades de las víctimas;
- Una metodología que motiva al delincuente a comprender las causas y efectos de su comportamiento y a asumir su responsabilidad de una manera significativa;
- Una metodología flexible y variable que puede adaptarse a las circunstancias, la tradición legal, y los principios y filosofías de los sistemas nacionales de justicia penal ya establecidos;
- Una metodología adecuada para lidiar con muchos tipos diferentes de ofensas y delincuentes, incluyendo varias ofensas muy serias;
- Una respuesta al crimen que es particularmente adecuada para situaciones en que hay delincuentes juveniles involucrados, en las que un objetivo importante de la intervención es enseñar a los delincuentes valores y habilidades nuevas;
- Una respuesta que reconoce el papel de la comunidad como principal actor para prevenir y responder al delito y al desorden social.

A su vez las premisas subyacentes de los modelos de justicia restaurativa según el mencionado manual serían las siguientes:

- (a) que la respuesta al delito debe reparar tanto en lo posible el daño sufrido por la víctima;
- (b) que los delincuentes lleguen a entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad;
- (c) que los delincuentes pueden y deben aceptar la responsabilidad por sus acciones; (d) que las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en determinar la mejor manera para que el delincuente repare los daños y (e) que la comunidad tiene la responsabilidad de contribuir en el proceso.

Por su parte los valores y las metas de los procesos de justicia restaurativa para que alcance sus objetivos, son los siguientes: (a) una víctima identificable; (b) la participación voluntaria de la víctima; (c) un delincuente que acepte la

responsabilidad de su comportamiento delictivo; y (d) la participación no forzada del delincuente.

### **Beneficios y consecuencias en los distintos sujetos del proceso restaurativo**

En este apartado se analizarán las consecuencias propias del proceso retributivo en las personas de la víctima, del victimario y de la comunidad como sujetos, frente a los beneficios que podría acarrearle la implementación de un modelo o esquema de justicia restaurativa como el que se propone, para poder así comparar ambos sistemas y evaluar su eventual implementación a futuro. Para lograr ello lo haremos de manera separada, tomando en cuenta, en primer lugar, la figura del joven infractor, luego las víctimas, sus familias y círculos sociales y, finalmente, la sociedad toda. Comenzando por el joven infractor de la ley penal, la respuesta política criminal de adopción de modelos retributivos sabemos que es una de las alternativas posibles, de hecho así se aplica actualmente. Si el joven infractor es menor de 16 años no es punible y si cuenta entre 16 y 18 años será penalmente responsable por ciertos delitos, que son justamente los que no menciona el art. 1° de la ley 22.803, no obstante lo cual, su eventual juzgamiento será materia de tratamiento una vez que alcance la mayoría de edad y se den ciertos supuestos que deberá evaluar el juez de menores. Por otro lado, en cualquiera de los casos, si el juez considera que el niño o joven infractor no se encuentra contenido, podrá adoptar a su vez medidas tutelares de variada intensidad, que puede pasar de instancias de control hasta la disposición del menor bajo su exclusiva tutela.

Este sistema ha funcionado en la Argentina hasta estos días pero quizás sería interesante poder sumar a tales alternativas, en los casos que pueda arribarse a una solución restaurativa, la posibilidad de implementar una instancia restaurativa que sería muy útil explorar como herramienta para poder evaluar sus resultados a futuro, dándole al menor un rol participativo en un proceso que será pedagógico y formativo para su personalidad como futuro adulto responsable, es una alternativa más que podría, insisto, desde el sistema de derecho penal juvenil, aportar resultados positivos que no deberían ser descartados de antemano.

Un modelo restaurativo en el cual el joven pueda darse cuenta de la trascendencia de lo que ha hecho, la asunción de su responsabilidad en cuanto al daño ocasionado, la interacción con la víctima y su familia, quizás le sirva de mejor manera para obtener un aprendizaje de lo vivido y el convencimiento sobre la necesidad de no volver a hacer lo mismo. Por otro lado la reparación, bajo cualquier forma imaginable y consensuada con los demás interlocutores en una situación de dialogo, puede transformarse en una

herramienta educativa y formadora de carácter en cuanto a los pasos futuros a seguir en su vida adulta. No podemos dejar de darle una oportunidad a un modelo de este tipo, resulta necesario contar con tales herramientas novedosas, sobre en el terreno fértil que constituye la personalidad de un joven, cuyo nivel de absorción de valores nuevos y contemplativo de su situación de vida cronológica nos puede aportar.

Respecto de las víctimas también es evidente que los modelos retributivos a lo largo de la historia no se han ocupado de ellas, siempre han hecho foco exclusivamente sobre el victimario, sea para castigarlo exclusivamente o para pretender, generalmente si éxito, resocializarlo. Las víctimas no eran jamás protagonistas de este proceso ni siquiera como actores secundarios. Cuando uno se inclina por un modelo restaurativo, el mismo no puede ser ni siquiera imaginado sin la intervención de aquellos que han sido afectados o dañados, pues los mismos formarán parte necesariamente del proceso de pacificación que la conducta disvaliosa ha provocado. El daño causado, una forma totalmente diferente de considerar al delito, obviamente genera tensión social y hasta violencia y odio (las víctimas no se consideran escuchadas), los dos modelos citados nada hacen al respecto, solo el esquema restaurativo es aquél que puede llevar en el marco de un complejo proceso de detección de las causas, orígenes y propuestas para superarlo, a mayor contenido social para todos los involucrados.

Las víctimas podrán ser visibilizadas de manera mucho más notoria, como integrantes de la sociedad, a las que se le han afectado garantías constitucionales y bienes jurídicos, con un modelo restaurativo que reconozca su rol, los sufrimientos que la conducta le ha ocasionado y las secuelas que las mismas le han provocado. Ese proceso de reconocimiento del mal causado, el enfrentarse en una situación dialógica y empática con aquel que los ha agredido y la eventual decisión final sobre la manera de superar el problema es la mejor manera de mitigar los males que han sufrido. Maxime cuando en el derecho penal de menores, cualquier persona, sabe que se enfrenta a otra que por su propia inmadurez, sus condiciones de vida y desarrollo, hace que tenga una visión, a mi entender, mucho más contemplativa que si se tratara de un agresor adulto.

En lo que respecta a la familia del agresor y el agredido también caben hacer consideraciones similares, por más que respecto del victimario se propugnen los ideales liberales de la responsabilidad penal individual, cuando un menor de edad es alcanzado por el derecho penal, su familia se ve también afectada, sufre necesariamente las consecuencias del delito y lo que es más, nada puede hacer al respecto, ya que el responsable es el menor, quizás con un modelo restaurativo, la propia familia del infractor pueda intervenir en el proceso pacificador, no solo aportando respuestas desde



el punto de vista reparatorio, sino también colaborando en lo formativo, en la contención y la enseñanza a partir de la situación vivida. En el caso de la familia del agredido lo mismo ocurre, muchas veces el rol que la misma puede tener en el contexto de un diálogo tendiente a reconocer y superar el daño ocasionado a la víctima, hace que su aporte pueda ser fundamental y, como se dijo, solo con un modelo restaurativo su reconocimiento como actor principal del proceso es verdaderamente operativo.

Finalmente, en términos sociales ni siquiera es necesario efectuar un distingo entre víctimas y victimarios, todos forman parte de la misma sociedad y consecuentemente, al mal del delito se le suma el mal del castigo o la propia ineficacia del modelo resocializante o retributivo, en ninguno de ambos casos la sociedad se ve beneficiada puesto que se prescinde en primer lugar de las víctimas, que son parte de la sociedad y no son escuchadas, sino que también a futuro, la construcción de salidas menos violentas y más constructivas, hará de esa sociedad una sociedad mejor, más desarrollada, menos violenta y mucho más pacífica. Si consideramos, como la gran mayoría, que en términos penales la justicia es un valor relativo, nos parece que este ideal de pacificación, de sanación social va a estar mucho más cerca de un valor real de justicia que el que hoy en día se percibe.

### **Algunos avances hacia una futura justicia restaurativa**

Lo primero que debemos destacar es que en materia de derecho penal de menores rige el principio de especialidad. Esto significa que la comunidad jurídica internacional entendió como justa una protección especial para la infancia desde hace más un siglo y este principio también se aplica al derecho penal, es decir, no resulta acorde a los instrumentos internacionales de derechos humanos, la equiparación de personas adultas y menores, frente a la persecución penal. Los menores deben ser considerados de manera especial por imperio de las normas que pasaremos a detallar a continuación:

- a) El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que contiene expresamente la prohibición de condena a muerte a las personas menores de 18 años de edad (art. 6.5). También dispuso que “...*los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante tribunales de justicia con la mayor celeridad para su juzgamiento...*” (art. 10.2.b).
- b) La Convención sobre los derechos del niño, que tiene jerarquía constitucional en nuestro país conforme lo normado en el art. 75 inc. 22 de la C.N. que establece “...*a todo niño respecto del cual se alegue que ha infringido las leyes penales*”

- deberá garantizársele que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad competente...*” (art. 40.2.b). También se establece que “...Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes...” (art. 40.3).
- c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (reglas de Beijing), proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 de fecha 29/11/1985. Que estableció “...Los Estados miembro aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos: a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto...” (regla 2.2). “...En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de la administración de la justicia de menores...” (regla 2.3).
- d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112 de fecha 14/12/1990. Que estableció como consagración del principio de especialidad la siguiente norma “...los estados parte están obligados a promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar los derechos y el bienestar de todos los jóvenes...” (directriz 52).
- e) Las reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113 del 14/12/1990, en la cual se trata también la especialidad del trato que se dispense a aquellas personas menores de edad que se encuentran privadas de libertad.
- f) La Observación general núm. 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, relativa a los derechos del niño en la justicia de menores, que establece en cuanto al principio de especialidad del derecho penal de menores que “...68. La decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal. De acuerdo con las observaciones formuladas en la sección B, el Comité desea subrayar que las autoridades competentes -el fiscal, en la mayoría de los Estados- deben considerar

*continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria. En otras palabras, deben desplegarse esfuerzos continuos para concluir la causa de una manera apropiada ofreciendo medidas como las mencionadas en la sección B. La naturaleza y la duración de las medidas propuestas por la fiscalía pueden ser más severas, por lo que será necesario proporcionar al menor asistencia jurídica u otra asistencia apropiada. La adopción de la medida de que se trate deber presentarse al menor como una manera de suspender el procedimiento penal de menores, al que se pondrá fin si la medida se ha llevado a cabo de manera satisfactoria. 69. En este proceso de oferta por el fiscal de alternativas al pronunciamiento de una sentencia por el tribunal, deberán respetarse escrupulosamente los derechos humanos y las garantías procesales que asisten al menor...”.*

- g) La Observación general núm. 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, que también consagra el principio de especialidad en materia de derecho penal juvenil, fundamentalmente en el capítulo dedicado a la organización del sistema de justicia juvenil “...105. A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos descritos en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia juvenil. 106. Un sistema integral de justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al niño asistencia letrada u otro tipo de asistencia adecuada. 107. El Comité recomienda a los Estados partes que establezcan tribunales de justicia juvenil como entidades separadas o como parte de los tribunales existentes. Cuando ello no pueda llevarse a cabo por motivos prácticos, los Estados partes se asegurarán de que se nombre a jueces especializados para entender de los casos de justicia juvenil. 108. Deben establecerse servicios especializados, por ejemplo de libertad vigilada, de asesoramiento o de supervisión, y también centros especializados, como centros de tratamiento de día y, según proceda, centros residenciales a pequeña escala para la atención y el tratamiento de niños remitidos por el sistema de justicia juvenil. Hay que fomentar continuamente una coordinación interinstitucional eficaz de las actividades de todos esos servicios, dependencias y centros especializados. 109. Además, se alienta la realización de evaluaciones individuales de los niños y la adopción de un enfoque multidisciplinario. Debe prestarse especial atención a servicios especializados basados en la comunidad

para los niños que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal pero se considera que necesitan apoyo. 110. Las organizaciones no gubernamentales pueden desempeñar, y de hecho desempeñan, un papel importante en la justicia juvenil. Por consiguiente, el Comité recomienda a los Estados partes que procuren que dichas organizaciones participen activamente en la formulación y aplicación de su política general de justicia juvenil y, cuando proceda, les faciliten los recursos necesarios para ello...”.

- h) También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado específicamente en lo que hace al principio de especialidad en derecho penal de menores en la opinión consultiva, Serie A N° 17 “Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño” del 28/8/2002. Que, entre otros, en sus considerandos 11,12 y 13 estableció: *“...Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar...”* *“...Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños...”* *“...Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos...”*.
- i) A su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha intervenido en varios procesos contenciosos donde fue clara al sostener el principio de especialidad en materia de derecho penal de menores, como ser los fallos CIDH Serie “C” N° 63 caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 19/11/1999. CIDH Serie C N° 100, caso “Bulacio versus argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 18/9/2003 y CIDH Serie C N° 112, caso

“Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2/9/2004.

- j) De igual manera la C.S.J.N. se ha expresado en varios fallos también consagrando este principio de especialidad en materia de derecho penal de menores, como ser los fallos 328:4343 “Maldonado”; 332:512 “Recurso de hecho deducido por la defensa de A.A.M. en la causa M.A.A. s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas” (determinación judicial de la pena en materia juvenil); C.S.J.N. R.374 caso “B.R” (determinación judicial de la pena en materia juvenil); C.S.J.N. 330:5294 “ Caso L.L.A.” (plazo razonable y detención cautelar); C.S.J.N. 329:518 “Caso R., L.A.” y C.S.J.N. 333:1053 “G., J.L. s/causa 2182/06” (garantía de doble instancia en el proceso penal juvenil).

De esta extensa mención de normativas internacionales, precedentes judiciales y opiniones consultivas podemos concluir que en materia penal, es obligación de los Estados adoptar las medidas necesarias para generar un sistema especial de justicia penal de menores, con reglas propias y pautas específicas que atiendan a la especial condición del menor que se vincula con el sistema penal. Esto se encuentra directamente relacionado con el presente trabajo, debido a que, del detalle de las normas internacionales antes expuestas, surge la necesidad, además de las obligación de los Estados, de adoptar específicas normas en materia penal juvenil que mitiguen los efectos de los procesos penales en los menores, que deben ser diferentes en cuanto a sus características y que, por lo tanto, implícitamente están dando lugar a la alternativa de la justicia restaurativa en materia de derecho penal de menores.

Con esto se quiere decir que más allá de los beneficios que encontramos en los mecanismos de justicia restaurativa en materia penal, en el caso de los menores, es casi una necesidad su aplicación, atendiendo a lo específico de la materia y la obligación que se desprende de los mentados instrumentos internacionales en cuanto a la necesidad de obtener, para el caso de menores que se vinculan con el sistema penal, un catálogo moderno y operativo de soluciones alternativas al conflicto penal entre los cuales se encuentran los sistemas de justicia restaurativa.

A nivel nacional hay importantes avances que resultan necesario destacar; por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Entre Ríos establece en su artículo 65 que se *“...promueve la utilización, difusión y desarrollo de las instancias no adversariales de resolución de conflictos, especialmente a través de la mediación, negociación, conciliación, facilitación y arbitraje”*. Otro caso es el de la ley 3987 de la Pcia. de Río Negro, que en su artículo 1° establece el proceso de mediación para delitos de instancia

privada que no excedan de 15 años de prisión, excepto si la víctima es menor de 16 años y para los delitos de acción pública cuya pena máxima sea de 15 años de prisión. También la ley 13.433 de la Pcia. De Buenos Aires contempla la mediación penal como alternativa de solución al conflicto en su art. 6. La provincia de Chaco en la ley 4989 establece la mediación de conflictos penales en esa provincia diciendo “...*la mediación podrá proceder especialmente en aquellos hechos delictivos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así también de inhabilitación o multa. También podrá aplicarse en aquellos hechos previstos como contravenciones...*”. Como podemos ver, hoy en Argentina es una realidad los intentos de abordaje de la conflictiva penal de los menores, se está estudiando las relaciones entre los delincuentes con las víctimas y de los primeros con el sistema penal estatal, en la búsqueda de un modelo que contribuya y tenga en cuenta a todos los actores del conflicto penal. No obstante ello, a mi entender, todos estos valiosos intentos deberían ser cubiertos por un avance legislativo concreto en materia de derecho penal juvenil de carácter general, a nivel nacional, sea a través de una reforma concreta del código penal que contemple expresamente la situación de los menores en conflicto con la ley penal y la aplicación de métodos alternativos a la solución del conflicto, no como respuesta secundaria sino como primera herramienta de abordaje al problema o, en su caso, a través de una reforma integral de la ley de menores que confluya en tal sentido. Resulta paradójico tratar de hacer convivir legislativamente los interesantes modelos provinciales citados, con una verdadera impronta de carácter restaurativo, con una legislación penal de menores nacional obsoleta e inspirada en modelos político criminales perimidos y totalmente desacoplados de los tratados internacionales de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes suscritos por la República Argentina.

### **La justicia restaurativa en menores en conflicto con el sistema penal en modelos penales extranjeros**

Como ya se ha dicho, la necesidad de dar una respuesta al crimen a través de la intervención directa de las personas involucradas en el suceso no es una novedad, constantemente se han formulado intentos para evitar no solo el delito sino las consecuencias que el mismo acarrea a raíz de la imposición de una pena como respuesta al mismo, la filosofía utilitarista de Bentham en cuanto a que el valor moral de una solución es aquel que trae más felicidad social que dolor está presente desde hace muchos años como respuesta a los modelos que solo encuentran como solución o respuesta al mal del delito la sumatoria de más daño social a través de la pena. La idea de hacer justicia de manera pacífica, sin ejercer venganza e infringiendo más dolor social hoy en día es un valor que se encuentra en la filosofía penal actual, resulta

necesario establecer un dialogo entre víctimas, victimarios, familias e instituciones sociales para poder discutir sobre los alcances de los incidentes y sus consecuencias posteriores a través de espacios como la mediación, el dialogo, los círculos sociales, a través de los cuales se pueda llegar a soluciones para retomar esos vínculos sociales rotos por los comportamientos desviados. Ese es el verdadero sentido de la justicia restaurativa, no buscar “culpables” y por ello solo imponer el castigo como solución, la idea es reparar, recomponer los daños ocasionados, ese es el verdadero sentido y la razón de ser de la justicia restaurativa.

Por tal razón, a partir del siglo 21 la idea de un modelo penal restaurativo se ha afianzado con importante arraigo, apelando a formas de solución de conflictos basadas en antiguos modelos de solución propios de antiguos pueblos o comunidades aborígenes.

**Europa:** en Europa los primeros movimientos de justicia restaurativa moderna, tal como los conocemos hoy en día, debido a que, como ya se dijo, existieron algunos modelos antiguos que de forma quizás precaria, ya aplicaban y hacían operativos estos sistemas de resolución de conflictos, comenzaron hacia finales de la década de 1960, casi en paralelo con el surgimiento de estos ensayos en los Estados Unidos y Canadá. A manera de ejemplo, Inglaterra, como ya se dijo, incorporó el modelo de “diversión” para la resolución de conflictos, España generó diversos programas de mediación y justicia restaurativa que fueron implementándose en distintas ciudades, en algunas de ellas, por ejemplo, Cataluña se adoptaron medidas que permiten suspender el encarcelamiento y su sustitución por trabajos o tareas comunitarias. Alemania estableció prácticas restaurativas que se aplican sin intervención judicial previa, pero también se contempla la posibilidad que seas dispuestas una vez firme la sentencia condenatoria. Holanda estableció también programas restaurativos similares, procurando que las personas efectúen trabajos sin contraprestación dineraria, que se eduquen y que se repare a la víctima el daño causado. Francia introdujo programas restaurativos que intentaban lograr un acuerdo con el joven infractor, para que se responsabilice de los perjuicios causados y lleve adelante reparaciones integrales de carácter general. En estos casos, si el Fiscal decide que la reparación es suficiente archivará el caso o, si opina lo contrario, se aplica el modelo retributivo. En igual sentido la republica Checa estableció distintas alternativas al castigo, en búsqueda de procesos más efectivos para prevenir los conflictos en materia penal, por ejemplo, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la suspensión del encarcelamiento, que suponía el compromiso asumido por el infractor de cumplir con las obligaciones que se le imponían y ello sería considerado por el juez a los fines de liberarlo teniendo en cuenta las características del delito.

Según lo informado por el Foro Europeo para la Justicia Restaurativa (euforumrj.org) *“...en los países anglosajones la justicia restaurativa se desarrolló principalmente, pero no exclusivamente, en forma de "conferencias de grupos familiares" o "conferencias comunitarias", en los países europeos, la "mediación víctima-delincuente" (o "mediación penal") se convirtió en el modelo predominante. La forma actual de mediación entre víctimas y delincuentes surgió en el decenio de 1980. Un primer proyecto piloto se inició en Noruega en 1981 y Finlandia siguió dos años más tarde. En Austria, el modelo se denominó "resolución extrajudicial de delitos" y se introdujo en todo el país primero en los tribunales de menores (1988) y más tarde también en el contexto del procedimiento penal. En Inglaterra, después de experimentos a pequeña escala a partir de 1979, el gobierno financió e investigó algunos proyectos de 1985-87, pero no se expandieron tan rápidamente como en Alemania, que comenzó aproximadamente al mismo tiempo y contó con más de 400 servicios a fines de la década de 1990. En Francia, donde las iniciativas pertinentes también comenzaron a mediados del decenio de 1980, la mediación se vinculó desde el principio con el apoyo a las víctimas, aunque más tarde la justicia restaurativa también se desarrolló de manera más explícita como parte de las sanciones comunitarias a los infractores. Bélgica es otro ejemplo de un país en el que, a principios del decenio de 1990, la justicia restaurativa se inició a partir de la investigación sobre las necesidades de las víctimas, principalmente para los delitos más graves. Estos desarrollos en Europa, principalmente en las décadas de 1980 y 1990, dejan en claro que la justicia restaurativa surgió de manera diferente en diversos entornos, dependiendo del contexto institucional donde se establecieron los proyectos: desde una perspectiva orientada al delincuente o a la libertad condicional (Austria, Inglaterra, Alemania), desde una perspectiva de apoyo a las víctimas (Francia y Bélgica) o desde una perspectiva gubernamental más neutral y local (Noruega, Finlandia)...”.*

Resulta importante destacar que en un comienzo las ideas y soluciones propias de los modelos restaurativos no tuvieron un desarrollo muy profundo en Europa, enfrentaron resistencia en muchos países por parte de los profesionales del derecho que continuaban apegados a los principios propios de la justicia restaurativa, el avance como tal de este modelo restaurativo enfrentó críticas y prejuicios que fueron y son a veces muy difíciles de superar, tuvieron que pasar muchos años para que estas ideas se fueran instalando de manera afianzada en los diferentes modelos penales europeos, recién a finales de 1990 comenzaron a incrementarse los planes concretos enfocados en modelos restaurativos, por ejemplo Irlanda del Norte inicio un modelo de mediación en el sistema de justicia de menores, a la vez que Escocia e Irlanda iniciaron programas innovadores en la década de 1990. Lo mismo ocurrió en Polonia, con iniciativas



legislativas tanto en derecho penal de adultos como en justicia de menores. Dinamarca, Suecia y los Estados Bálticos siguieron de una manera algo menos asertiva, que también se ha observado en algunos países de Europa Central y Oriental, incluidos Suiza, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría, Bulgaria, Rumania y Turquía. Varios países del sur de Europa, han adoptado proyectos innovadores pero muchas veces sin base legislativa o políticas nacionales. Por último, después de 2010, países como los Países Bajos han ampliado considerablemente sus programas y políticas de justicia restaurativa. Resulta importante destacar que los modelos restaurativos en Europa, si bien se han convertido en una práctica bastante operativa de diferentes países, mayoritariamente se inclina hacia modelos de justicia penal juvenil, pareciera que los principios de estos modelos resultan mucho más fructíferos cuando se aplican en casos de menores, lo cual no me parece equivocado, es cierto que los fundamentos del dialogo, la comprensión, la contención y la enseñanza sobre los alcances de los daños cometidos y la forma de repararlos, siempre en caso de un menor de edad tendrá mucho más efecto por su propia condición de menor. También en cada vez más países, los programas de justicia restaurativa se inclinan por prácticas restaurativas en escuelas, vecindarios, lugares de trabajo y otros entornos. Tanto la investigación como la práctica demuestran de manera convincente el valor agregado de la justicia restaurativa. La mediación, las conferencias y los círculos apoyan a las víctimas, los delincuentes y las comunidades en "hacer justicia" de una manera más efectiva y humana.

Como informa el Foro Europeo para la Justicia Restaurativa (euforumrj.org) *"...de gran importancia para el desarrollo y la aplicación de la justicia restaurativa en Europa ha sido el trabajo del Consejo de Europa y la Unión Europea. Cuando las Naciones Unidas aprobaron sus resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) sobre justicia restaurativa en 2000 y 2002, el Consejo de Europa publicó su Recomendación sobre la mediación en asuntos penales en 1999. Este último contenía los principios básicos sobre cómo la mediación (y la justicia restaurativa en general) puede organizarse y ofrecerse de manera adecuada. Si bien esta Recomendación (y una serie de recomendaciones conexas del Consejo de Europa) ayudaron a varios países de Europa a crear una práctica sólida de mediación entre víctimas y delincuentes tanto en la justicia de menores como en el derecho penal de adultos, el Consejo de Europa también apoyó el desarrollo de la mediación en algunos países ofreciendo capacitación para profesionales del derecho y otros profesionales. Más recientemente, la Recomendación revisada del Consejo de Europa (CM/Rec (2018)8) relativa a la justicia restaurativa en materia penal, además de proporcionar una definición de «justicia restaurativa», elabora con más detalle los principios generales y básicos para la práctica*

*de la justicia restaurativa, al tiempo que explica cómo los principios restaurativos pueden integrarse en el trabajo diario del personal y las agencias de justicia penal. A nivel de la Unión Europea, se adoptaron dos instrumentos jurídicos para apoyar los derechos de las víctimas y las políticas de las víctimas en toda Europa en general, y en los que también se promueven la mediación y la justicia restaurativa, atendiendo a las necesidades de las víctimas: la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo relativa al estatuto de la víctima en los procesos penales, y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos. apoyo y protección de las víctimas de delitos. No hace falta decir que estas iniciativas legales vinculantes han empujado a varios Estados miembros de la UE a adoptar legislación sobre justicia restaurativa. En 2020, casi todos los Estados miembros de la UE han adoptado una base jurídica para la justicia restaurativa, ya sea de diversas maneras”.*

Finalmente, no podemos dejar de mencionar en este punto la reciente Declaración de los Ministros de Justicia de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el papel de la justicia restaurativa en materia penal, celebrada en ocasión de la conferencia “La delincuencia y la justicia penal: el papel de la justicia restaurativa en Europa”, celebrada los días 13 y 14 de diciembre de 2021 en Venecia, donde se ratificó la necesidad de avanzar en los diferentes sistemas penales de los países signatarios hacia modelos de justicia restaurativa, que incluyan el dialogo como alternativa al conflicto penal, haciendo hincapié en el deber de las instituciones públicas de fomentar intervenciones constructivas contra la delincuencia juvenil y ofrecer nuevas oportunidades a los delincuentes juveniles, dada su corta edad y la necesidad de reintegrarlos en la sociedad, prestando especial atención a la forma en que deben utilizarse los procesos de justicia restaurativa en los casos en que intervengan niños (víctimas o autores de delitos) y reiterando a este respecto la pertinencia de las normas y principios contenidos en las Directrices del Comité de Ministros sobre una justicia adaptada a los niños (2010) y su Recomendación CM/Rec (2008) 11 sobre las normas europeas para los delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas. Además de promover una amplia aplicación de la justicia restaurativa para los menores en conflicto con la ley, como uno de los componentes más valiosos de la justicia adaptada a los niños, de conformidad con las Directrices del Comité de Ministros sobre Justicia Amiga de los Niños (2010) y considerar la justicia restaurativa como parte esencial de los programas de formación de los profesionales del derecho, incluidos el poder judicial, los abogados, los fiscales, los trabajadores sociales, la policía, así como del personal penitenciario y de libertad vigilada, y reflexionar sobre la manera de incluir los principios, métodos, prácticas y

salvaguardias de la justicia restaurativa en los planes de estudio universitarios y otros programas de educación terciaria para juristas, prestando atención a la participación de la sociedad civil y los entes locales y regionales en los procesos de justicia restaurativa y dirigiéndose al Consejo de Europa cuando necesite programas de cooperación y formación de sus funcionarios que apliquen la justicia restaurativa.

### **América Latina:**

Al igual que en Europa, y dejamos aquí en claro que nos limitaremos a América Latina pues es sabido que en América del Norte, tal como se explicó al inicio de este trabajo, surgieron los primeros modelos de justicia restaurativa en Estados Unidos y Canadá que se han desarrollado activamente, podemos decir que los postulados de la justicia restaurativa, se han instalado también en América Latina. Según informa Iván Navarro Papić en su artículo <sup>8</sup>“...A nivel global, se han desarrollado iniciativas en al menos 12 países, situándose las primeras en la década de 1990 bajo una gran influencia de experiencias provenientes desde el Norte de América y ciertos países de Europa, como España y Bélgica. En ese recorrido, ha sido muy relevante el apoyo de la cooperación internacional -como la otorgada por organismos como EUROsociAL+, USAID, OIM, UNICEF y UNODC-, así como también ha tenido enorme influencia la doctrina de la protección integral promulgada por la Convención de Derechos del Niño para la inclusión de prácticas restaurativas en sistemas penales juveniles. Ahora bien, a nivel de países de la región existen casos que ya han avanzado en la creación de legislaciones que recogen expresamente a la justicia restaurativa en los ordenamientos jurídicos. En este sentido, destaca un primer grupo que ya tiene legislaciones vigentes y en aplicación, como Argentina (algunas provincias solamente, no nacional), Bolivia, Colombia, Costa Rica, México y Perú; mientras que un segundo grupo, conformado por Brasil y Chile, está en una etapa previa, debatiendo legislativamente por estos días iniciativas al respecto. Adicionalmente, existe otro nivel de desarrollo de la justicia restaurativa que no tiene forma de legislación, sino que corresponde a programas o proyectos que se han ejecutado con la finalidad de probar las metodologías en formato de pilotaje. En este sentido, el desarrollo ha sido más amplio aun incluyendo, además de los mencionados, a países como Paraguay, Ecuador, Honduras y Panamá. El escenario descrito en el párrafo anterior demuestra que en la región ya se ha consolidado una primera etapa de desarrollo de la justicia restaurativa, la cual ha consistido básicamente en conocer qué es, definir su aporte en lograr una respuesta (cualitativamente) distinta frente a los delitos y además como una manera de adherir de mejor forma a ciertos

---

<sup>8</sup> “Justicia Restaurativa con jóvenes: estado actual en Latinoamérica. Desafíos de la Justicia Restaurativa en Latinoamérica” (Revista La Trama, número 68, febrero 2021)

*estándares internacionales, especialmente en temas de justicia juvenil. Si bien el avance logrado es relevante, resta mucho camino por recorrer y para alcanzar niveles de desarrollo como los existentes en otras latitudes y continentes, donde la justicia restaurativa cuenta con una difusión mucho más amplia en las sociedades y es aplicada en ámbitos más diversos que solamente el sistema penal. Por tal motivo, a continuación, paso a desarrollar los tres temas enunciados previamente con el ánimo de promover el debate al interior de la región y realizar una invitación transversal para aunar esfuerzos de colaboración en pos de una promoción de la justicia restaurativa en el sentido más amplio posible...Existen casos notables, como los esfuerzos desplegados incansablemente por EUROsociAL+ desde 2005 hasta la actualidad en varios países o el proyecto ADELANTE (UE) ejecutado entre instituciones de Colombia, México y Costa Rica (2019). En el caso de Europa, se está desarrollando una iniciativa denominada "Re-Justice: Sustainable training in a challenging field", financiada por la Unión Europea y que convoca a once instituciones de cuatro países, para promover la formación especializada de operadores judiciales sobre justicia restaurativa. Iniciativas de este tipo deberían seguir proliferando y tomarse como referencia para futuras acciones..."*

Resulta también sumamente interesante destacar el caso de Brasil, que cobraron un nuevo impulso en el mes de enero de 2013 cuando se suscribió la enmienda n° 1 a la resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia, que estableció que los tribunales de justicia deben crear "núcleos permanentes de métodos consensuales de resolución de controversias" que a su vez podrán implementar y promover la ejecución de otros programas y prácticas restaurativas o mediación, para que se utilicen en conflictos dentro de la jurisdicción de los juzgados especiales en lo penal y de los juzgados del niño y del adolescente.<sup>9</sup>

En igual sentido, pueden mencionarse países que han adoptado estos modelos restaurativos como el caso de Guatemala y Costa Rica, donde por ejemplo se recurren a movimientos populares, juntas vecinales, movimientos de víctimas, grupos vulnerables con una fuerte impronta comunitaria y restaurativa en términos sociales, La declaración de Costa Rica <sup>10</sup> recomienda pautas para la justicia restaurativa en América Latina y estrategias para la implementación de sus programas, fomenta el estímulo de nuevos métodos de reparación como respuesta, promoción de técnica legislativa en el sentido expresado, aplicación de programas en relación a las distintas agencias

---

<sup>9</sup> (Revista de Derecho Procesal Penal, Tomo 2019-2 "Teoría y Práctica de la justicia restaurativa en Brasil" por Raffaella Da Porciuncula Pallamola", pág. 135, Editorial Rubinzal Culzoni).

<sup>10</sup> (<http://www.cinu.org.mx/11congreso/UN/>)

penales, formación de los intervinientes en estos novedosos procesos, etc. También en Panamá se estableció un programa de mediación para el organismo judicial del año 2000, Guatemala legislo en igual sentido a través del art. 26 del Código Penal, Chile mediante la ley 20.084 del año 2007 que provee a mediación penal juvenil y el art. 241 del Código Procesal Penal que lo hace para el caso de adultos, Paraguay también cuenta con un programa de mediación generado para el Poder Judicial de la Nación a través de la acordada 428 del año 2007. Por su parte Perú también establece encuentros entre víctimas y ofensores para casos de delitos contra la honra de las personas o casos de delitos culposos. México estableció en el tercer párrafo del art. 17 de la Constitución Nacional, lo que ha permitido incorporar la justicia penal restaurativa al decir “...Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial...”. Finalmente, Colombia también promueve prácticas restaurativas principalmente en espacios comunitarios como vía pacífica de solución de conflictos, se instala el modelo de justicia restaurativa en el código procesal penal del año 2005.

#### **Estados Unidos/Canadá:**

En Estados Unidos también se encuentran implementadas las llamadas “Cortes Comunitarias”<sup>11</sup> que tienen como finalidad la instauración de sistemas restaurativos de utilidad para conflictos, la primera Corte comunitaria en la Ciudad de Nueva York fue la “Midtown Community Court” creada en 1993 para tratar ofensas menores, otro caso es la corte comunitaria de Red Hook fundada en el año 2000 que tiene jurisdicción sobre 200.000 personas en el Barrio de Brooklyn, Nueva York para delitos de escasa gravedad, lo positivo de estas experiencias es que han constituido dichas cortes como referentes de justicia, lograron disminuir los índices de criminalidad y han incrementado los niveles de reinserción social y disminución de la vulnerabilidad psicosocial de los imputados, con lo cual si bien falta mucho por explorar, la experiencia de EEUU presenta la posibilidad de reflexionar sobre la utilidad de estos medios de solución restaurativos de los conflictos, dando una respuesta más humana y efectiva que la solución exclusivamente punitiva como respuesta al delito. En igual sentido Canadá reconoce un modelo de justicia restaurativa complementario al modelo sancionatorio que prevé la derivación de casos a órganos alternativos de justicia comunitaria, si el caso se acuerda, se retiran los cargos y sino avanza dentro del modelo retributivo, también incorpora un

---

<sup>11</sup> (Revista de Derecho Procesal Penal, “Algunas notas para reflexionar sobre el modelo de cortes comunitarias en los Estados Unidos” por Valeria Vegh Weis, pagina 321 y siguientes, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2019-1)

novedoso sistema restaurativo para etapas posteriores a la sentencia y con intervención activa de las agencias penitenciarias.

Para concluir este capítulo, no debemos dejar de mencionar también dos países de avanzada en este tipo de modelos como lo son Nueva Zelanda y Australia, que se inclinan, a raíz de la iniciativa del primero, por el modelo de conferencias como mecanismo de solución de conflictos penales con impronta marcadamente restaurativa, intervención de la comunidad toda y obviamente con un rol central y protagonista de la víctima, su familia e inclusive la familia del infractor.

### **Discusiones en torno a la aplicación de la justicia restaurativa como solución alternativa**

Las principales críticas que se instalan contra la justicia restaurativa provienen de aquellos que tienen una visión más tradicional del derecho penal, son quienes le asignan, generalmente, a la pena una función exclusivamente basada en la retribución y el castigo, consideran que la reparación no forma parte de la respuesta punitiva, tampoco entienden que la misma pueda constituir una nueva forma de poner fin al conflicto penal.

Muchos autores consideran que el enfoque restaurativo resulta sumamente optimista, que abre una especie de grieta entre el castigo como respuesta al pasado, frente a la rehabilitación como respuesta al futuro. Pavarini afirma que *“...este escenario no induce optimistamente a considerar a la justicia restaurativa como el fin definitivo de los paradigmas retributivo y reeducativo. La idea de que todavía no sabemos si se trata de una nueva forma de extender controles formales (aunque suaves) sobre áreas hoy alejadas de todo control no constituye una idea fuerte para sustentar una crítica...”*<sup>12</sup>.

Muchas críticas también provienen de sectores que sostienen que muchas veces las víctimas no se encuentran cómodas frente a modelos restaurativos, afirman que igualmente tienen un rol subalterno en estos modelos, donde lo que se prioriza es evitar la prisionización del agresor como fin último y la idea de que el conflicto desaparece con la ausencia de la misma, dejándose de lado la real afectación de los ofendidos, que son vistos desde un punto de vista secundario.

---

<sup>12</sup> (Pavarini Massimo (1992) “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?” en Delito y Sociedad, n°2 Buenos Aires).

También están aquellos que critican apelando a bases empíricas, sobre la real eficacia de la aplicación de estos modelos, dejando en claro que la mención de casos aislados, por cierto comprobables, no toma en cuenta las reales estadísticas de incremento del fenómeno delictivo y la baja tasa de resocialización de los involucrados en ellos. También se dice que muchas veces el sentar a la víctima frente a su agresor puede, en muchos casos, revictimizarla, sin tener en cuenta ello en el afán de tratar de superar los conflictos, donde muchas veces las víctimas acatan o aceptan soluciones de mala manera, con la intención de poder salir de esa violenta situación de tener que enfrentar, quizás sin quererlo, a quienes los han agredido. Estas críticas van de la mano con la necesidad de propugnar que las víctimas y los movimientos de víctimas tengan una mayor injerencia en el diseño de programas de justicia restaurativa.

También se sostiene críticamente respecto de estos modelos que presentan una gran indeterminación en sus conceptos, que se basan en un conjunto de creencias, inspiraciones renovadoras, prácticas concretas, movimientos sociales y preocupaciones sociales que muchas veces resultan opuestas en sus fundamentos, por tal razón resulta difícil evaluar su efectividad frente a los casos concretos. En tal sentido Binder acota *“...El problema de una definición tan amplia como esta (justicia restaurativa) es que dificulta la identificación de los programas a evaluar. Existe una dificultad de evaluación cada vez más extendida, pero ello no quiere decir que sea profunda o acotada. En cuanto a la factibilidad de esos programas, aparece la primera cuestión, ya que se trata de programas que requieren la participación voluntaria tanto de los ofensores como víctimas. Por eso existe un escepticismo general acerca de que estos programas puedan convertirse en un curso de acción general que abarque un espectro de delitos verdaderamente amplio. Por otra parte, si bien es posible medir ciertas tasas de resolución cuando el proceso ha sido desencadenado, no existen demasiados criterios comunes acerca de qué casos enviar a este tipo de programas...”*<sup>13</sup>

Por esta indeterminación de conceptos que tornan dificultosa la recolección de datos estadísticos, se entiende que, hasta que no se precisen la formulación de los proyectos y se pueda aislar variables propias del proceso restaurativo, tanto en la satisfacción de los participantes en el mismo como así también la corroboración empírica de las tasas de reincidencia posteriores a la aplicación de estos programas, no podrá formularse un juicio de valor apropiado sobre la procedencia y eficacia de modelos de este tipo.

Otra de las críticas más enfáticas en contra de estos modelos restaurativos es que existe un riesgo latente de que los conflictos penales terminen siendo privatizados, pese a que

---

<sup>13</sup> (Alberto Binder “Derecho Procesal Penal”, Tomo 4, Editorial Ad Hoc, año 2018, página 535).

en algunos casos se trate de delitos graves o de alta trascendencia social, lo cual va en desmedro de los principios y las finalidades preventivas generales de la pena. Sea desde una consideración de la misma como pura amenaza de un mal grave como la prisión para aquellos que intenten delinquir o sea como un mensaje de consenso hacia los fines de la pena como postulan las teorías de la prevención general positiva.

Entendemos que estas críticas si bien pueden ser sostenibles y validas desde fundamentos filosóficos y éticos, no pueden obviar que en materia de derecho penal de menores, múltiples instrumentos internacionales señalan la necesidad de que frente a la imputación penal de menores, los sistemas jurídicos nacionales deben adoptar medidas alternativas a la imposición de la prisión como única respuesta al delito, este no es un dato controversial, existe un mandato internacional y constitucional de derechos humanos que obliga a los Estados a buscar soluciones y medios diferentes a la pena clásica en el caso de los menores de edad que tienen contacto con el derecho penal, por lo cual no se trata de una cuestión opinable desde lo teórico, se desprende de un mandato internacional de reconocimiento de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, acertadamente, Mary Beloff sostiene *“...la experiencia latinoamericana demuestra que si lo que se procura es garantizar a los niños y niñas condiciones de vida digna, tal como lo reclama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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...”*.<sup>14</sup>

Por tal razón, más allá de los cuestionamientos que puedan formularse en términos de personas adultas, como ya se dijo, debe tenerse presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido el derecho a dar una respuesta penal diferente a los niños en virtud de su protección especial (conforme el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y a su vez el Comité de los Derechos del Niño, en la observación general número 10 ha establecido que *“...En todas las decisiones que se adopten en el contexto de administración de 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*

---

<sup>14</sup> (Mary Beloff, “Justicia restaurativa como justicia; garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Abeledo Perrot, tomo 4 abril de 2018, página 709).



*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...*” (el subrayado me pertenece). Con un razonamiento que siga este lineamiento queda más que claro que las críticas ensayadas podrán ser validas argumentativamente, pero lo cierto es que en materia de justicia restaurativa en derecho penal de menores la discusión aparece zanjada.

### **Algunos casos de soluciones alternativas al conflicto penal retributivo que presentan alguna impronta restaurativa.**

En este capítulo haremos mención a algunas herramientas jurídicas vigentes en la República Argentina que se encuentran directamente vinculadas con modelos propios de los sistemas retributivos pero que presentan alguna impronta restaurativa y que, de alguna manera, nos habilita a pensar que es posible introducir en un futuro régimen penal de niños, niñas y adolescentes, alternativas y programas concretos de justicia restaurativa.

No obstante ello resulta pertinente remarcar, nuevamente, que estos mecanismos no son propiamente restaurativos tal como lo entendemos en este trabajo, sino con una definición más propia de concepto clásico y retributivo del delito, por ejemplo, en el caso de la suspensión del juicio a prueba, donde se parte de un análisis en el cual no hay un conflicto como antecedente sino de un delito donde el Estado, por razones de política criminal y bajo determinados supuestos, decide suspender el proceso. Este último caso, a mi entender, es una de aquellas “prácticas restaurativas con mentalidad retributiva” que señala el profesor Raúl Calvo Soler <sup>15</sup>.

### **La suspensión del juicio a prueba.**

La suspensión del juicio a prueba constituye una manifestación del principio de oportunidad procesal, que en el caso del derecho penal argentino surge expresamente del art. 59 inc. 7° del Código Penal que establece que la acción penal se extinguirá “...Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del juicio a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes...”. Cuando hablamos del principio de oportunidad, antes de ingresar al tema del instituto en estudio no podemos dejar de aclarar que si hablamos de justicia

---

<sup>15</sup> (Raúl Calvo Soler, “Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas” Editorial NED edición e book, página 31 y siguientes).

restaurativa no podemos dejar de afirmar que el concepto de legalidad procesal clásico (a través del cual se exige que el Estado avance procesalmente en la persecución penal de todos los delitos) se encuentra perimido. Hoy en día se habla de un nuevo concepto de legalidad procesal, donde aparecen reformas legislativas tendientes a limitar esa definición clásica, apelando a nuevas formas de soluciones alternativas al conflicto penal, muchas de ellas de carácter restaurativo o reparatorio. Como plantea Gisela Morillo Guglielmi “...Al plantear como tema central “la crisis de legalidad en el proceso penal” no podemos evitar preguntarnos de qué legalidad estamos hablando. Y la respuesta a ello se encuentra en plena evolución. Una sucesión de cambios legislativos en distintas provincias generaron una expansión del sistema acusatorio hacia jurisdicciones que tradicionalmente habían quedado entrampadas en una lógica mixta-inquisitiva y escrituraria...El nuevo sistema procesal penal federal abandona la doble vía en el Derecho Penal (en el que las únicas respuestas posibles ante la comisión de un delito son la pena y la medida de seguridad) e incursiona en lo que se conoce como “justicia restaurativa”, dándole lugar a la reparación como tercera alternativa, para lo cual es preciso abrazar primero la idea del conflicto. Las reglas de legalidad están cambiando. Tal vez no del todo sistemáticamente con un orden de prioridades que no compartamos en su totalidad. Pero qué es lo que debe entenderse, sustancialmente, como legalidad procesal, ha de ser redefinido. Y para esa tarea es fundamental comprender cómo el principio de oficialidad procesal es parcialmente reemplazado en favor de criterios de oportunidad e institutos como la mediación y la conciliación, o la ya conocida suspensión del juicio a prueba...”<sup>16</sup>

Como instrumento propio de los modelos de justicia retributiva, tanto para personas adultas y también menores de edad que se enfrentan al derecho penal, originariamente la suspensión del juicio a prueba fue concebida como una herramienta que permitía descomprimir a los tribunales de casos donde la necesidad de imponer penas privativas de libertad no era tal y, en segundo lugar, dar una oportunidad a ciertas personas que se enfrentan al derecho penal de evitar las consecuencias disvaliosas de estar sometida a un proceso y eventualmente resultar condenada, siempre y cuando se cumplan con determinadas exigencias y requisitos.

---

<sup>16</sup> (Gisela Morillo Guglielmi “Justicia restaurativa y nueva legalidad procesal”, Revista de Derecho Procesal Penal, tomo 2019-1, director Edgardo Donna, pág. 11).

La suspensión del juicio a prueba, en el derecho penal argentino se encuentra regulada a partir del art. 76 del Código Penal <sup>17</sup>.

Esta herramienta legal constituye una forma de suspensión formal del proceso penal a prueba, al modo de cierre del proceso compositivo que se realiza durante toda la etapa preparatoria y que permite que el imputado, bajo cumplimiento de determinadas cargas que son impuestas por el juez producto de un acuerdo que

---

<sup>17</sup> **ARTICULO 76.-** La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título. (Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

**ARTICULO 76 bis.** - El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011) (Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

**ARTICULO 76 ter.** - El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

**ARTICULO 76 quáter.** - La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder. (Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994).

generalmente se celebra en el marco de una audiencia multipropósito (por ejemplo en los casos de delitos cometidos en flagrancia) en la que interviene el representante del Ministerio Público Fiscal como titular de la pretensión punitiva del Estado, la defensa del imputado, el propio acusado y la víctima, deciden arribar a una solución alternativa al conflicto penal producto de una pretendida restauración del daño ocasionado por el autor del delito, donde éste último ofrece una reparación simbólica (no relacionada directamente con el daño ocasionado sino en las medidas de sus posibilidades) y a su vez se compromete a realizar diversas actividades o tareas de carácter comunitario con la finalidad de restaurar socialmente el daño que ha ocasionado. La víctima tiene también un rol activo en este proceso y, a diferencia de otros casos donde la justicia restaurativa a través de diferentes herramientas pone fin al conflicto penal de manera casi automática, en el caso de la suspensión del juicio a prueba, se somete al probado a pautas a cumplirse a lo largo de un determinado plazo de tiempo, que va desde 1 a 3 años, en el cual, en caso de cumplir las mismas y fundamentalmente no cometer nuevos delitos, hará que la acción penal se extinga y el daño social haya sido reparado.

Como sostiene Binder *“...Hemos visto que la suspensión del juicio a prueba puede ser una forma simplificada y menos costosa de llegar a los mismos resultados que una condena condicional. El instituto de la probation es el equivalente de la condena condicional para la etapa del juicio... Vemos, pues, que la primera referencia insoslayable es que se trata de una medida para evitar el desgaste de llegar a una condena condicional luego del desarrollo completo de un juicio...”*.<sup>18</sup>

Compartimos parcialmente este razonamiento en el sentido que, en el caso de la suspensión del juicio a prueba en el derecho penal de menores, la aplicación de este instituto a nuestro entender adquiere mucha más relevancia desde una perspectiva de justicia restaurativa, en virtud de que, en el caso de los menores, muchas veces puede darse que la supuesta amenaza de “continuar el proceso penal” en caso de incumplimiento de las condiciones pactadas, no vaya a tener consecuencias directas sobre la suerte penal del menor, debido a que por su propia condición de menor, no va a poder ser condenado en muchos casos (el artículo 2do. de la Ley N° 22.278 -Régimen Penal de la Minoridad-que establece que es punible el menor de 16 a 18 años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enumerados en el art. 1ro.- A su vez, el art. 4to. de la mencionada normativa, prescribe que la imposición de la pena respecto del menor a que hace alusión el artículo 2do., estará supeditada a los siguientes requisitos:

---

<sup>18</sup> (Alberto Binder, “Derecho Procesal Penal”, Tomo IV editorial Ad Hoc, año 2018, pg. 587.).

a-que se declare la responsabilidad penal del menor; b-que haya cumplido 18 años; c-que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año. Cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho cometido y el resultado del mencionado tratamiento tutelar, hicieren necesario una sanción, así lo resolverá el Juez.

Este argumento resulta muy gravitante al momento de entender la utilidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba en el caso de los menores de edad, en donde el cumplimiento de las pautas que puedan otorgársele al momento de su dictado, va a estar solamente condicionado a la pretensión de superar el conflicto más allá de que las consecuencias directas de un eventual incumplimiento no puedan serle aplicadas. La voluntad de reparación, de pacificación y a su vez el reconocimiento de la afectación de la víctima y su grupo familiar se van a ver mucho más reconocidas en caso de que el menor cumpla durante el periodo acordado con los deberes impuestos, como intención de reparar aunque sea simbólicamente el daño causado.

Por tal razón, entendemos que en el caso de la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, para el caso menores en conflicto con la ley penal, se cumple acabadamente con las finalidades generales y específicas que motivaron la instauración del instituto en el derecho penal argentino, concretamente aquellas que señala Gustavo Vitale <sup>19</sup> que son “ 1) *Finalidad de disminución del peso de la selectividad irracional propia del sistema penal, a través de la incorporación de mínimas cuotas de “racionalidad” en la programación del sistema de persecución, la búsqueda de “eficacia” por medio de la limitación del poder punitivo.* 2) *Finalidad de brindar protección a la víctima, a través de la reparación de los daños que el delito imputado le causó.* 3) *Finalidad de lograr o de mantener cierta cuota de integración social de los imputados, a través de la internalización de pautas positivas de conducta.* 4) *Finalidad de evitar un posible antecedente condenatorio.* 5) *Finalidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad...*”.

En la República Argentina la suspensión del juicio a prueba se encuentra regulada, más allá de que también fue contemplada en la legislación penal nacional como se detalló al inicio de este capítulo, en las legislaciones procesales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincias de Catamarca, Chubut, Entre Ríos, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Buenos Aires, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. Si bien este instituto procesal debe ser regulado por las provincias, toda vez que ellas se reservan el derecho

---

<sup>19</sup> (Gustavo Vitale, “Suspensión del Proceso Penal a prueba” 2° edición actualizada. Editores del Puerto, año 2010, páginas 49 y siguientes)

de legislar cuestiones procesales, éste se encuentra previsto a nivel nacional tanto en el Código Penal como en el Código Procesal de la Nación. Así, el código de fondo regula la suspensión en el artículo 293 del Título IV del Capítulo III y el Código Procesal en el artículo 76 bis al quater del Título XII. No obstante lo expuesto, tampoco se puede dejar de mencionar que producto de los efectos de la pandemia del COVID 19 y las crisis económicas que han azotado a la República Argentina recientemente, hace que hoy en día el control de los probados mayores y menores se haya visto afectado por la carencia de recursos humanos y económicos que permitan sostener un seguimiento eficiente de todos los casos, como señala Leandro Constanzo <sup>20</sup> *“...entendemos que, para que la suspensión del juicio a prueba se convierta en una verdadera herramienta de política criminal respetuosa de derechos, inclusiva y propicia para reducir la reinterancia delictiva... que evite a mediano plazo los perjuicios de un posible encarcelamiento, es necesario que posea un seguimiento integral inclusivo que priorice su contenido restaurativo...es fundamental cambiar el enfoque de las decisiones de política criminal adoptadas, recobrando una necesaria vinculación del instituto de la suspensión del juicio a prueba con un seguimiento que sea atravesado esencialmente con los recursos sociales existentes...”*. En resumidas cuentas, sostiene este autor algo en lo cual coincidimos, en la actualidad el hecho de que la suspensión del juicio a prueba sea una de las herramientas más utilizadas como medio restaurativo en el caso de menores en conflicto con la ley penal, no implica que muchas veces nos encontremos con déficits de seguimiento de los casos que impiden confirmar los avances o no del menor en el sentido que se pretendió al momento de otorgar la solución alternativa al conflicto penal.

### **La conciliación y la reparación integral como alternativas a la imposición de penas o medidas de seguridad**

El art. 59 inc. 6 del Código Penal Argentino establece que la acción penal se extinguirá por “conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”. Por otra parte, el art. 34 del Código Procesal Penal Federal del año 2014, establece: *“...Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el art. 22, el imputado y la víctima pueden hacer acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se*

---

<sup>20</sup> (Leonardo Constanzo, “Justicia restaurativa y la nueva realidad de la supervisión de la suspensión del juicio a prueba”, Revista de derecho Procesal Penal, Tomo 2019-2, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, página 105 en adelante)

*presentará al juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal: hasta que no se acredite dicho cumplimiento el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación...”.*

Podemos decir entonces que a conciliación resulta un proceso con intervención activa de las partes, por medio del cual se llega a un acuerdo que es el resultado justamente de ese proceso. Esta herramienta resulta propia de aquellos modelos de justicia restaurativa, que tienen aplicación vigente y constante en el caso de delitos cometidos por menores de edad, de hecho basta con recordar los primeros casos de la historia de la justicia restaurativa mencionados al comienzo de este trabajo, en los que se apeló a esta fórmula como paliativo a la respuesta punitiva común, que resultaba materia de legislación vigente.

Está claro que no podemos hablar de conciliación como un acuerdo, sin antes entender que existió un conflicto, una disputa entre las partes, víctima y victimario, ello es fundamental. Tampoco podemos negar que la materia del conflicto es un determinado hecho que causó el imputado y afectó a la víctima, la pregunta es si es necesario en este proceso conciliatorio, a la manera de un proceso de conocimiento, determinar la existencia de los hechos y su relevancia penal, si uno toma en cuenta la legislación citada, concretamente el art. 34 del Código Procesal Penal Federal es claro que al existir limitaciones en cuanto a los delitos por los cuales se puede arribar a un acuerdo conciliatorio, es necesario determinar los hechos y su relevancia penal, dicha tarea será del juez al momento de evaluar la factibilidad del acuerdo conciliatorio y su eventual homologación. Es claro que siguiendo los postulados de las teorías restaurativas más puristas, no deberá existir limitaciones de política criminal para el otorgamiento de acuerdos conciliatorios en materia penal, pero de hecho la ley nacional los establece como una decisión de política criminal que si bien puede ser variable, lo cierto es que existen. Contra esta postura se opone Binder al afirmar “...*si estuviéramos en un proceso de conocimiento, la determinación precisa sobre la existencia de los hechos y su relevancia penal es una de las condiciones de validez, si no la principal. No ocurre lo mismo en el proceso compositivo, ya que pueden continuarse esas disputas y las partes, no obstante, con base en exclusivos criterios de gestión de sus propios intereses, acordar una reparación que ponga fin al conflicto. Lo mismo puede suceder con el alcance de los perjuicios o su intensidad, y las partes igualmente acordar medidas de reparación que solucionan el conflicto. La púnica exigencia propia e indispensable de proceso compositivo es que se produzca un acuerdo sobre las medidas de*

*reparación. Sería una visión formalista y alejada de las funciones político criminales del proceso compositivo exigir un acuerdo pleno, como un sucedáneo de la función de la verdad en el proceso de conocimiento...”.<sup>21</sup>*

Entendemos que el proceso compositivo de la conciliación en materia penal, sobre todo en relación con los menores en conflicto con la ley penal, es en la actualidad una de las herramientas más utilizadas por los operadores del sistema penal, al punto tal que para los casos específicos que contempla la ley procesal penal federal, se aplica más asiduamente que la propia suspensión del juicio a prueba, debido a que se pone fin al conflicto penal de manera inmediata, más allá de los seguimientos que se puedan hacer sobre el menor a través de los organismos del Estado encargados de ese seguimiento, como los patronatos de liberados o las prosecretarías de patronatos o de intervenciones socio jurídicas.

Es evidente que las nuevas formas de transgredir la ley penal llevan a que, una vez consumado el delito y por ende el conflicto que trae aparejado, su abordaje en sede judicial penal juvenil deba ser desde una perspectiva que tienda a neutralizar los daños ocasionados a la víctima como así también, la siempre violenta consecuencia punitiva que el Estado utiliza a través del poder que ostenta. Ahora bien, para lograr ello, es necesario que el Juez utilice un razonamiento creativo, abierto al abordaje compositivo de las partes, moderno, en otras palabras, el Juez penal no puede continuar enfrentando la problemática conflictiva que genera el delito desde una perspectiva sólo punitivista, debe inclinarse hacia nuevas formas de razonamiento que lleven a dar respuestas a todos los involucrados. Hoy ese razonamiento debe estar dirigido hacia la reparación del daño, viendo el conflicto desde varias causas y orígenes, atendiendo a los factores que pudieron haber llevado al menor a delinquir. En otras palabras, el Estado no puede continuar expropiando un conflicto que no le pertenece sin escuchar a las partes, debe tratar de superar el escollo de la imposición de la pena por la pena misma e inclinarse hacia la superación del conflicto penal.

La conciliación penal se trata de una de las especies dentro del género denominado como “mediación penal”, es decir, comparte los fines de aquel instituto, que en general pretende la pacificación de los conductos penales, la instauración de la paz mediante la reparación voluntaria a la víctima del daño causado y con la finalidad de evitar la revictimización y promover la autocomposición en un marco jurisdiccional con pleno respeto de las garantías constitucionales y neutralizando los prejuicios derivados del proceso penal.

---

<sup>21</sup> (Alberto Binder “Derecho Procesal Penal” Tomo 4 Editorial Ad Hoc, año 2018, página 390).



Tanto la conciliación como la reparación integral tienen como fin último la reposición de la víctima como parte del conflicto y la búsqueda de una solución pacífica al mismo, parten en ambos casos de la existencia de algo más que un delito, se trata de un conflicto entre partes que podrá ser superado justamente por las mismas partes, ello no descarta la intervención de otros sujetos como el fiscal o el juez, pero el protagonismo de este proceso está dado por ese rol de mediación entre los sujetos activos del conflicto, la víctima y el victimario. Hay dos tipos de soluciones, la reparación integral como producto de un proceso de mediación, con una intervención activa de un mediador, en el caso de la ley procesal penal argentina estaría en cabeza del juez o un mediador y la conciliación como un proceso que atiende a la interacción de las partes con un juez que toma un rol más limitado, pues no oficia de mediador directamente y se limita a homologar o no el acuerdo al que bilateralmente han arribado las partes.

Un aspecto que no podemos obviar en esta forma alternativa de solución al conflicto penal es que en el caso de los menores de edad, el proceso compositivo deberá ser realizado con el apoyo al menor de sus representantes legales e integrantes de equipos interdisciplinarios, como ser psicólogos, asistentes sociales, defensores de menores, asesores tutelares, etc., que lo acompañen en el proceso para asignarle y explicarle los alcances y efectos que provocaran los acuerdos conciliatorios como así también el significado que tendrán para ellos el reparar el daño ocasionado mediante el comportamiento delictivo, el respeto de los derechos de la víctima, la solución pacificadora y la evitación de la respuesta punitiva como ultima ratio al conflicto penal. Tal como dice Rodrigo Morabito en su artículo <sup>22</sup> *“...Así, a modo de ejemplo, es quizás en el ámbito del Derecho Penal juvenil donde se dan las condiciones más favorables para la aplicación de los planes de conciliación transgresor-víctima, visto el carácter especial de las normas aplicables a la población juvenil, siendo, de este modo, un marco apropiado para fomentar estos mecanismos de la justicia reparadora, pero nada obsta a que se utilice este razonamiento jurídico en el Derecho Penal general. Además de ello, bien se ha dicho que las reacciones penales que se dan frente a la delincuencia juvenil suelen incorporar nuevas formas de respuesta, por lo que puede afirmarse que este ámbito constituye un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y político-criminales. No pueden ignorarse, al respecto, las numerosas ventajas que en algunos casos comportan los procesos de mediación, conciliación y reparación del daño con personas que han cometido delitos. Así, podemos mencionar: a) Evitar a la persona el internamiento en un centro cerrado, en aquellos casos en los que no sea estrictamente necesario, reduciendo los efectos estigmatizantes de la pena. Es de*

---

<sup>22</sup> (Rodrigo Morabito “La justicia restaurativa como punto de partida del Derecho Penal juvenil, Cita: RC D 2948/2020”)

*especial importancia, en este aspecto, la posibilidad que brindan los medios de justicia restaurativa de realizar "enmiendas", entendidas como pasos a dar o condiciones a cumplir por parte del ofensor, para conseguir el objetivo de reparación o restitución. Un ejemplo clave en el caso de los jóvenes infractores, sería la posibilidad de regresar a la escuela o continuar sus estudios; b) Además de centrar su atención en el infractor, también tienen en cuenta los intereses y derechos de la víctima, buscando su satisfacción. De esta manera, se fomenta la participación e inclusión de ambas partes en el conflicto, y se promueve la reconciliación entre el infractor y la víctima; c) El infractor es consciente de la gravedad de sus actos, fomentándose su implicación y responsabilidad a la hora de asumir las consecuencias de sus acciones; d) Idoneidad de los métodos propuestos por la justicia restaurativa, para la consecución de la finalidad de reinserción social del infractor."*

### **La mediación.**

La mediación, a diferencia de la conciliación, busca crear condiciones de participación para el damnificado y el imputado quienes actúan personalmente, hablan con su propia voz, el objetivo es que se reflexione sobre la situación que derivó en la acción delictiva. Por tal razón en la mediación como solución alternativa al conflicto penal en el derecho penal de menores, también vamos a tener que dejar en claro lo mismo que fuera expuesto en el caso de la conciliación y la reparación integral del daño, el menor no puede ser parte de este proceso compositivo sin el adecuado apoyo interdisciplinario de los especialistas que lo acompañen en ese proceso.

Recordemos que a diferencia de los casos de reparación integral o conciliación, en la mediación los intervinientes comienzan la mediación en la intención de obtener un reconocimiento de sus derechos frente a un tercero neutral que no interviene hasta que el conflicto se resuelve, pero de no llegarse a solución alguna, toma un rol protagónico y resuelve el caso con una decisión obligatoria y vinculante para las partes (que inclusive puede derivar en la continuación del juicio penal). Esto en sí, a mi entender, no sería justamente una solución propia de un modelo restaurativo puro, pues el mediador, más allá de que no va a adoptar una medida de naturaleza sancionatoria, arriba a una decisión unilateralmente, como sucede en un proceso judicial de corte común,

La mediación es un procedimiento confidencial, de modo que lo que diga en ese proceso la víctima o el autor no los vinculara en un futuro en el proceso penal en caso que la mediación no llegue a resultados positivos. Es más el mediador no podría ser llamado como testigo al juicio por

estar eximido bajo el secreto profesional.

Con esto se quiere decir que no puede ser este un proceso en el que el menor en conflicto con la ley penal arribe sin acompañamiento apropiado, deberá contar con el apoyo necesario para poder dimensionar los alcances de la disputa en la que se ha visto involucrado.

La meta de la mediación es la autocomposición a través de la labor del mediador como tercero en la disputa, que va a facilitar las condiciones del dialogo entre las partes a fin de crear las aperturas comunicacionales necesarias para superar el conflicto que le llevan los involucrados, generalmente de manera previa a la intervención judicial penal.

Los programas de mediación siempre estuvieron entre las primeras iniciativas de justicia restaurativa. Estos programas están diseñados para abordar las necesidades de las víctimas del delito, asegurándose de que los delincuentes sean hechos responsables por sus delitos. Los programas pueden ser manejados por instituciones gubernamentales y organizaciones sin fines de lucro, y están generalmente restringidos a casos que implican delitos no muy graves. No implica necesariamente la participación directa en la mediación de los fiscales o defensores, pueden estos dar su asesoramiento en el marco de la mediación, sobre todo en el caso que se involucren menores. La mediación es muy recomendable cuando el delito es entre personas que se encuentra vinculadas o mantienen relaciones permanentes, como ser familiares, vecinos, integrantes de determinadas comunidades sociales o societarias.

Consideramos que en la caso de mediación, a diferencia de lo que sucede con las personas adultas, cuando involucra menores de edad, no se da siempre una de las características de este proceso, que es la cierta simetría entre las partes en conflicto, muchas veces los menores son parte de grupos o colectivos más vulnerables socialmente, que padecen de déficits cognitivos, sociales, económicos o culturales, en estos casos se requiere un trabajo más integral propio del abordaje con fines restaurativos, que deben integrar círculos familiares, escolares y otras redes sociales que el mediador deberá tener en cuenta y escucharlos en el proceso compositivo para poder arribar a una solución más eficaz en cuanto al reconocimiento del daño y los alcances y comprensión de la solución propuesta, como dice Silvana Greco en su trabajo "Prácticas consensuales y sistema penal. Mediación y Conciliación. Justicia Restaurativa. Perdón y Paz"<sup>23</sup> *"...Las circunstancias subjetivas y variables, en cada situación, necesitaran de la creación de condiciones diferenciales y de un trabajo previo apropiado, para que cada participante se empodere, se involucre, entre en dialogo*

---

<sup>23</sup> (Revista de Derecho Procesal Penal Tomo 2019-1, editorial Rubinzal Culzoni, pág. 161)

*primero consigo mismo, desarrolle habilidades, sin lo cual difícilmente pueda participar...”.*

En igual sentido, y tal como se explica en el “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa” de las Naciones Unidas (2006); *“...Es más probable que el proceso de mediación alcance todos sus objetivos si las víctimas y los delincuentes se reúnen cara a cara, puedan expresar sus sentimientos directamente y desarrollen un nuevo entendimiento de la situación. Con la ayuda de un facilitador capacitado, pueden llegar a un acuerdo que ayude a ambos a proporcionar un cierre para el incidente. De hecho, el facilitador normalmente se reúne con ambas partes antes de una junta cara a cara y puede ayudarles a prepararse para este evento. Esto se realiza para asegurarse, entre otras cosas, de que la víctima no sea víctima por segunda vez a raíz del encuentro con el delincuente y de que el delincuente reconozca la responsabilidad por el incidente y sea sincero en querer reunirse con la víctima. Cuando es posible un contacto directo entre la víctima y el delincuente, no es común que alguno de ellos o ambos sea acompañado por personas que los apoyen. El segundo de ellos, sin embargo, no siempre participa en la discusión. Finalmente, sin importar los méritos de una reunión cara a cara facilitada, el contacto directo entre la víctima y el delincuente no siempre es posible o deseado por la víctima. Los procesos de mediación indirectos, en que el facilitador se reúne con las partes de manera sucesiva y por separado, también son muy utilizados. Hay tres requisitos básicos que deben ser satisfechos antes de poder utilizar una mediación víctima-delincuente: • El delincuente debe aceptar o no negar su responsabilidad por el delito; • Tanto la víctima como el delincuente deben estar dispuestos a participar; • Tanto la víctima como el delincuente deben considerar si es seguro participar en el proceso. En la mediación víctima-delincuente, a las víctimas de un delito a menudo se les proporciona, conforme sea necesario, ayuda y asistencia y el máximo de información sobre la sanción y la forma de una resolución o de un acuerdo restaurativo. También se les permite decirle al delincuente cómo les afectó el delito y pedirle información sobre el mismo. El proceso de mediación, en lo posible, provoca la reparación y alguna forma de compensación para las pérdidas de las víctimas. El proceso de mediación no siempre implica el contacto directo entre el delincuente y la víctima. Cuando hay contacto directo, la víctima es a menudo invitada a hablar primero durante la mediación, como forma de fortalecerle. El mediador ayuda a ambas partes a llegar a un acuerdo que satisfaga las necesidades de ambas y proporcione una solución al conflicto. Cuando el proceso ocurre antes de la sentencia, un acuerdo de conciliación mediada entre el delincuente y la víctima puede ser enviado al tribunal y ser incluido en la sentencia o en las condiciones de la orden de aprobación...”.*

### **Programas y proyectos actuales relacionados con la justicia restaurativa en menores de edad en la República Argentina.**

De acuerdo a la información relevada por la Secretaria de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el informe titulado “Justicia Restaurativa en el Sistema de responsabilidad Penal Juvenil; Conceptos, Perspectivas y Mecanismos Procesales para su implementación” (2010) se pudo hacer un seguimiento de los principales programas de justicia restaurativa que se aplican en las distintas provincias de la República Argentina como así también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

### **Criterio de oportunidad**

**Jurisdicciones que regulan el criterio de oportunidad: Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincias de Chubut, Entre Ríos, La Rioja, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Buenos Aires, Río Negro, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán.**

**Total: 12**

En todas estas legislaciones procesales, el criterio de oportunidad se encuentra regulado mediante criterios de archivo de las actuaciones. En la mayoría de las leyes provinciales, este archivo es solicitado por el agente fiscal. Sin embargo, también se prevé la posibilidad de que el propio imputado o su defensa puedan requerir que se prescinda total o parcialmente de la acción penal. La regulación de este instituto procesal varía de acuerdo a las diferentes legislaciones. Entre algunas de sus características se pueden destacar: a) la enumeración taxativa de las situaciones en las cuales el fiscal puede solicitar el archivo de la causa. b) la exigencia de que el archivo sea revisado por el juzgado o tribunal. la posibilidad de que la decisión del archivo sea enviada en consulta al fiscal de cámara ante la oposición del juez o tribunal. c) la obligatoriedad del dictamen del fiscal de cámara para el juez o tribunal. - la comunicación del archivo a la víctima o a la parte querellante, si la hubiese, para su conformidad o impugnación. d) los plazos en que puede aplicarse el criterio de oportunidad. e) las consecuencias y efectos de prescindir de la acción penal por aplicación de este instituto procesal. f) la viabilidad de persecución del hecho por medio de la acción privada.

### **Remisión del caso**

**Jurisdicciones que prevén la remisión: Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincias de Córdoba y La Rioja. Total: 3**

La remisión es uno de los institutos que menos ha sido legislado a nivel procesal por las provincias. Solo dos legislaciones, el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley N° 7863 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de La Rioja lo prevén. Sin embargo, existe una particularidad a destacar en la Ley N° 9053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente de Córdoba: la remisión se encuentra regulada en el capítulo referido a “Niños y Adolescentes No Punibles” donde se faculta al juez a eximir al niño de las medidas tutelares que pudieren corresponder y remitirlo a servicios alternativos de protección de derechos que eviten la judicialización. En las otras dos legislaciones, la remisión procede tanto a pedido del propio niño o de su abogado defensor como del representante del Ministerio Público Fiscal. La Ciudad de Buenos Aires además prevé que el juez penal juvenil pueda actuar de oficio. Ambas legislaciones regulan los efectos de la concesión, por parte del juez interviniente, de la remisión, tales como la suspensión del proceso o bien la extinción de la acción penal.

### **Conciliación**

#### **Jurisdicciones que prevén la conciliación: Chubut, Río Negro y Santa Fe. Total: 3**

En muchos de los códigos procesales penales de las provincias argentinas solo se prevé la conciliación en cualquier estado del proceso para los delitos de acción privada, cuya consecuencia frente a dicho instituto es el sobreseimiento del imputado. Por aplicación de la Ley N° 22.278 sobre el Régimen Penal de la Minoridad, los adolescentes no son punibles por delitos de acción privada toda vez que su artículo 1 establece: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada...”. Así, aun cuando los códigos procesales criminales de dichas provincias prevén una solución anticipada al proceso, la misma no se aplica al caso de niños, ya que los mismos no pueden ser perseguidos penalmente por delitos de acción privada, delitos por los cuales solo procede la aplicación del instituto procesal mencionado. Sin embargo, en la provincia de Chubut, el Código Procesal Penal regula la conciliación de manera detallada, enuncia el plazo durante el cual puede llegarse a un acuerdo entre las partes, los delitos a los cuales se le aplica dicho instituto, el rol del juez y los efectos que acarrea la conciliación. Tanto en el Código Procesal Penal de Río Negro como en el de Santa Fe, la conciliación se encuentra regulada como un inciso dentro de las causales por las cuales se puede aplicar el criterio de oportunidad por parte del representante del Ministerio Público Fiscal. En ambas legislaciones procesales, se prevé la posibilidad de

reparación del daño por parte del imputado y los delitos y circunstancias por los cuales procede este instituto.

### **Mediación.**

#### **Jurisdicciones que prevén la mediación: Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincias de Chaco, Chubut, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Buenos Aires, Río Negro y Santa Fe. Total: 9**

De la totalidad de las legislaciones procesales que incluyeron el instituto de la mediación, cuatro han sancionado una norma específica que incorpora este instituto en las provincias de Chaco, Chubut y Río Negro y en la Ciudad de Buenos Aires. La ley provincial del Chaco regula de manera exhaustiva la mediación penal, indicando el objetivo del procedimiento de resolución alternativa de conflictos, los casos en los cuales procede, los impedimentos legales para llevar a cabo dicho proceso, las características del mediador, el carácter secreto de las sesiones realizadas, los alcances del acuerdo arribado, los efectos frente a la falta de su cumplimiento, los supuestos de mediaciones prejudiciales, los plazos hasta los cuales procede la mediación, entre otros. En la provincia de Buenos Aires se ha sancionado una ley específica que establece un régimen de resolución alternativa de conflictos penales, en el ámbito del Ministerio Público, con la finalidad de procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización y promover la autocomposición. Este instituto se aplica siempre que se trata de causas correccionales. La Legislatura de la provincia de Chubut ha sancionado una ley que instituye en todo el ámbito de la provincia la mediación como método alternativo de resolución de conflictos. Esta norma hace hincapié puntualmente en la creación de un registro de mediadores en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia y en las condiciones que deben reunir los profesionales para matricularse como mediadores, pero no regula los alcances de la implementación de la Ley N° 13.433 de Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales. de la mediación ni las materias de su objeto, entendiéndose consecuentemente que la misma puede ser aplicada al ámbito penal. La amplitud de esta ley provincial en función del Código de Procedimiento Penal de la provincia hace posible la solución del conflicto penal con el instituto de la mediación. Este Código Procesal Penal, dentro del capítulo sobre las Reglas Especiales para Niños y Adolescentes, prevé especialmente la mediación penal juvenil. La Ley de Mediación de Río Negro contempla esta alternativa de resolución del conflicto para las cuestiones patrimoniales del fuero civil, del comercial y de minería, para las cuestiones de familia, para las laborales y las penales. La mediación penal se encuentra regulada

puntualmente por otra ley y su decreto reglamentario, que instituyen este instituto con carácter voluntario. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires creó, a través de la ley procesal penal juvenil, un régimen de resolución alternativa de conflictos penales, en el cual se incluyen los procesos de mediación. Este procedimiento está a cargo de una oficina específica denominada Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, mientras que en las otras legislaciones provinciales, dicho proceso se delega a algún servicio público o privado o a algún profesional del cuerpo asesor técnico interdisciplinario del juzgado para procurar el acercamiento entre el adolescente y la víctima u ofendido. Los efectos de este instituto que se encuentran legislados en las normas procesales provinciales son variados, y pueden ir desde el sobreseimiento del adolescente hasta el archivo definitivo de las actuaciones. En el caso de la provincia de Santa Fe, este instituto se encuentra previsto también para el caso de delitos cometidos por adolescentes considerados no punibles por la legislación de fondo. Así, el Código Procesal de Menores de dicha provincia regula, en el capítulo titulado “Del Menor No Punible”, la mediación. Como particularidad, además de la mencionada anteriormente sobre la procedencia de este instituto para las situaciones delictivas cometidas por jóvenes no punibles, se puede mencionar que el control de cumplimiento del acuerdo alcanzado le corresponde a la víctima, debiendo ésta dar a conocer el resultado al mediador una vez concluido el plazo establecido en el acuerdo. La provincia de Mendoza ha aprobado mediante una acordada de la Suprema Corte el Protocolo de Mediación de Jóvenes en Conflicto con la ley penal, como una de las formas de implementación de la justicia restaurativa. Este protocolo regula la modalidad de admisión, selección, derivación e intervención en los casos sujetos a mediación.

### **Suspensión del juicio a prueba.**

**Jurisdicciones que prevén la suspensión del juicio a prueba: Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincias de Catamarca, Chubut, Entre Ríos, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Buenos Aires, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. Total: 18**

La suspensión del proceso a prueba se encuentra regulada en dieciocho legislaciones provinciales y en la legislación nacional. Si bien este instituto procesal debe ser regulado por las provincias toda vez que ellas se reservan el derecho de legislar cuestiones procesales, éste se encuentra previsto a nivel nacional tanto en el Código Penal como en el Código Procesal de la Nación.

Para finalizar, al margen del relevamiento antes citado, no podemos dejar de mencionar que el mismo se basa solamente en la utilización de fórmulas que se encuentran



específicamente legisladas, no aborda otras prácticas restaurativas mucho más específicas para el caso de personas menores de edad, en tal sentido, resultaría aconsejable apelar a mecanismos restaurativos más específicos en el caso de menores de edad en conflicto con la ley penal e inclusive plantearlo como un programa de carácter general, como fuera anunciado el día 3 de abril de 2022 por el Gobierno de la provincia de Córdoba, que informó que se dio inicio al programa de Justicia Juvenil Restaurativa en dicha provincia. El nuevo sistema se aplicará a través de un proyecto que suscribieron el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Tribunal Superior de Justicia y la Municipalidad de Córdoba *“para dar respuesta a la sociedad ofreciendo nuevas oportunidades a jóvenes que han infringido la ley penal y también a sus víctimas”*. Córdoba es la primera provincia del país en la aplicación de este novedoso paradigma y la experiencia piloto se está realizando en la Capital provincial. FUNREPAR, la fundación que lidera el profesor Raúl Calvo Soler, asesorará en la construcción de protocolos que enmarquen la intervención de los operadores del programa y de las instituciones públicas y privadas en el diseño de las estrategias de coordinación entre ellas. El programa Justicia Juvenil Restaurativa se da en el marco de la reforma de la nueva ley penal juvenil y se aplicará en casos no punibles por la edad - menores de 16 años- en chicos institucionalizados en proceso de enjuiciamiento y en aquellos que están en centros de alojamiento, ya condenados. El programa se organiza sobre un paradigma pedagógico que contempla tres pasos básicos: reconocer el daño causado; responsabilizarse por sus efectos y reparar.

**Entrevistas a operadores del sistema penal de menores que nos informarán sobre la evolución de los proyectos relativos a la aplicación de medidas de justicia restaurativa en la Ciudad de Buenos Aires y a nivel nacional.**

**Doctor Alejandro Cilleruelo (Catedrático y Juez Nacional de Menores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)**

- 1) Tomando en cuenta su vasta experiencia en el tema de Derecho Penal de Menores, desde lo académico como así también como Magistrado del fuero de la Justicia Nacional de Menores de la Ciudad de Buenos Aires, cuál es su opinión en cuanto a la justicia restaurativa como alternativa o salida a la imposición de penas o medidas de seguridad a personas menores de edad en conflicto con la ley penal.

*Para una respuesta apropiada hay que hacer hincapié en un asunto basal y este es el carácter de los jóvenes como personas en formación, personas que van adquiriendo de su medio convivencial nuclear -léase, familia- como también del*

*medio ampliado -colegio, etc.- las pautas culturales y los valores éticos de la sociedad y el medio en el cual se desenvuelve. Este asunto, más allá de sostenerlo destacada doctrina, también tuvo ocasión de señalarlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos oportunidades, a saber: los fallos Maldonado del año 2005 y la queja en el asunto García Méndez, del año 2008. Esto va de la mano con aquello que sostiene la Convención de los Derechos del Niño, de que las medidas que se adopten respecto de una persona menor de edad, deben estar encaminadas a lograr una inserción provechosa en la sociedad. Partiendo de aquí, no cabe duda alguna, al menos, en lo que a mí respecta, que la justicia restaurativa es, por definición, el modelo que se debería seguir de manera prioritaria en los supuestos de justicia para personas menores de edad. La razón de esta afirmación es muy simple, la idea de restauración está en contradicción flagrante con la de punición. Entonces, la cuestión que sigue es, por lógica deducción, que el modelo que mejor se ajusta a la Convención de los Derechos del Niño es el restaurativo, al menos, de modo preferencial, pues es la única manera que el joven pueda asumir un rol provechoso en la sociedad, dicho, en otros términos, que pueda introyectar de otra manera, las normas ético-sociales que rigen la sociedad a la que pertenece. Si bien, es sabido, no está nunca de más afirmar que el modelo restaurativo no implica en modo alguno que no existan consecuencias o que el joven asuma su responsabilidad; por el contrario, diría, enfáticamente que justamente por medio de la justicia restaurativa, el joven asume un compromiso mayor de cuál es el alcance de su accionar y que la reparación es consecuencia del mismo. Finalmente, es interesante no perder de vista, que debe existir un criterio para poder establecer en los casos en que fracase el modelo restaurativo, avanzar hacia otras formas de solución del conflicto que podrían ser, eventualmente, más gravosas.*

2) **¿Podría contarnos si desde su función aplica en la actualidad medidas de justicia restaurativa en algunos de los procesos penales en que interviene?**

*He tenido oportunidad de llevar unos pocos casos por la vía de restauración, pero no del modo deseable ante una falta de regulación específica y una ausencia legal que, desde el año 2008 en la queja García Méndez la CSJN recomendara al Congreso Nacional la adopción de un régimen de justicia juvenil acorde a la CDN en **un plazo razonable y van aproximadamente 14 años sin un atisbo de respuesta por parte del Legislador**. Esto lleva a que las respuestas deban ser instrumentalizadas por vía de otros institutos, como es el*

*caso de las suspensiones de juicio a prueba o por la admisión de la conciliación prevista en el CPPF.*

- 3) **En caso de que ello sea así, cuáles son las repercusiones que se han generado al respecto, sea tanto en el menor imputado, su familia, la víctima, su círculo familiar, etc.**

*En esos contextos, la respuesta ha sido realmente satisfactoria, por un lado por advertirse en el joven un real compromiso con la situación, involucrándose activamente en lo que concernía al asunto que lo tenía como protagonista, al igual que a sus familias. En todos los supuestos también, había una predisposición favorable de las víctimas que también se involucraban al ver el compromiso de los imputados. Dejaba de ser un asunto controversial donde las partes buscaban soluciones antagónicas, para ser un tema en el cual se buscaba llegar a una solución razonable, y favorable.*

**Doctora Silvia Fernández, titular de la Prosecretaría de Prosecretaría de Intervenciones Socio-jurídicas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Aires**

- 1) **Doctora Silvia Fernández. Tomando en cuenta su vasta experiencia en el tema de Derecho Penal de Menores y las funciones que desempeña en el ámbito de la Prosecretaría de Intervenciones Socio-jurídicas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Aires, podría contarnos cuál es su opinión en cuanto a la aplicación de herramientas de la justicia restaurativa en el caso de menores que entran en conflicto con la ley penal.**

*Entiendo que las herramientas de justicia restaurativa son promovidas en la normativa internacional incluida en nuestra Constitución Nacional y en el resto del plexo normativo internacional vinculado a la temática juvenil al que remite tanto la doctrina como nuestro máximo tribunal en las decisiones relativas a la justicia juvenil. La importancia de este tipo de prácticas o herramientas se vuelve aún más evidente al observar cierta percepción –equivocada según las estadísticas- de que habría una escalada en la cantidad de delitos graves cometidos por adolescentes, alimentada por los medios masivos de comunicación y, algunas veces, por las agendas políticas, presionando por su criminalización y por la baja de la edad de imputabilidad como así también proponiendo su detención por tiempos más prolongados. Entonces, las prácticas restaurativas ofrecen un abordaje flexible, basado en el reconocimiento y respeto mutuos entre los participantes; pueden adecuarse a las necesidades individuales*

*de los adolescentes y así reflejar también los diferentes contextos sociales y culturales, teniendo, de esta forma, el potencial de promover y proteger el “interés superior del niño” a lo largo de su procedimiento, contemplando su situación de infractor pero también –muchas veces- de víctima de problemáticas estructurales. Sin embargo, vale aclarar que, para que ellas sean efectivas, deben ser diseñadas interdisciplinariamente, con activa participación del adolescente involucrado, atendiendo a su capital individual y social, con una supervisión comprometida. De lo contrario, se corre el riesgo de vaciarlas de su contenido sustancial y reducirlas a una formalidad que impactará favorablemente –en un primer momento- en la reducción de la tasa de reiterancia/reincidencia – muy bienvenida por los operadores e instituciones judiciales- pero que, en caso de revocarse por incumplimiento, podrían contribuir a ampliar la red punitiva, teniendo un efecto inverso al deseado.*

- 2) Podría contarnos si en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se están aplicando experiencias de justicia restaurativa para casos concretos y, de ser así, cuáles son las repercusiones que las mismas han generado en el ámbito de los tribunales, fiscales, defensores y víctimas.**

*Según mi conocimiento, en el ámbito de la justicia local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entiendo que se están implementando medidas alternativas en el ámbito de la Secretaría Interdisciplinaria en Justicia Penal Juvenil. Allí, existe una Oficina de Apoyo a la Justicia Penal Juvenil, que cuenta con un registro de organizaciones para derivar a los adolescentes para su cumplimiento. A esa derivación se llega mediante propuesta del equipo interdisciplinario dentro de la causa en trámite, siempre que los titulares de la acción penal estén de acuerdo y conforme a las pautas y requisitos impuestos por el procedimiento. Desconozco su impacto dado que mi práctica no se desarrolla en dicha jurisdicción.*

- 3) Le consta si existen experiencias similares a nivel nacional?**

*En el ámbito de la justicia penal nacional, existen al menos dos instancias coordinadas para su implementación. Una de ellas es el Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la Defensoría General de la Nación y otro es el Proyecto Piloto de Resolución Alternativa de Conflictos Penales y Prácticas Restaurativas con Niños, Niñas y Adolescentes Infractores a la Ley penal, implementado en el ámbito de los equipos interdisciplinarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Este es el que conozco en mayor profundidad, dado que se da en el marco de mi práctica profesional. El proyecto hace especial hincapié en la necesidad de realizar un abordaje*

*integral del adolescente para abordar su situación de manera transversal y no fragmentada (educación, programas especializados, recursos comunitarios, etc.), que permita remover eficazmente obstáculos para el ejercicio pleno de sus derechos. En efecto, el proyecto alude a la necesidad de alcanzar soluciones alternativas al conflicto frente a la presunta comisión de delitos, de forma tal de evitar la realización de juicios en donde resulten acusados, con la consiguiente estigmatización y padecimientos que tal proceder implica. Así, los principales ejes del proyecto se encuentran en la selección adecuada de los casos por parte de los actores que intervienen en el proceso, teniendo especial relevancia la evaluación del equipo interdisciplinario interviniente, que es quien mejor conoce el contexto, habilidades y recursos del adolescente involucrado, cuya participación será siempre voluntaria, con la más amplia oportunidad de intervención tanto del adolescente como de su referente adulto en la construcción de una propuesta de la que resultará protagonista. En todos los casos, previo al consentimiento informado del infractor, la víctima y la conformidad de las partes, se producirá una audiencia de acuerdo restaurativo, cuyo contenido será variable, en función de cada joven, sus circunstancias y posibilidades. En el caso de que la reparación implique medidas que deban desarrollarse en el tiempo, el equipo interdisciplinario será el encargado de la supervisión de su cumplimiento, culminando con la extinción de la acción penal en caso de llevarse a cabo satisfactoriamente. En gran medida, en esta característica reside parte importante del posible éxito de la propuesta, ya que no se trata de un mero acuerdo formal, dentro de una oferta predeterminada de programas, que poco tienen en cuenta las características personales de sus protagonistas, sino que se trata del diseño de una propuesta individualizada, evaluada en profundidad y acompañada en todo su desarrollo por un equipo que se propone construir un vínculo con él/ella, en cuyo marco pueda resignificarse el valor simbólico de la ley.*

**Doctora María Eugenia Sagasta (Fiscal Nacional de Menores en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)**

- 1) Doctora María Eugenia Sagasta. Tomando en cuenta su vasta experiencia en el tema de Derecho Penal de Menores, desde lo académico como así también como funcionaria de carrera y posteriormente Magistrada de la Justicia Nacional de Menores de la Ciudad de Buenos Aires, cuál es su opinión en cuanto a la justicia restaurativa como alternativa o salida a la**

**imposición de penas o medidas de seguridad a personas menores de edad en conflicto con la ley penal.**

*Sin lugar a dudas mi opinión sobre la aplicación de la justicia restaurativa a jóvenes infractores a la ley penal es muy positiva como respuesta alternativa. En el caso de los niños, niñas y adolescentes tiene además el plus ayudar a responsabilizarse de sus acciones y dimensionar el accionar disvalioso desde el enfoque de un ser en formación por la edad que atraviesan. También representa un desafío para los operadores de la justicia de la especialidad, desde sus diferentes roles -Juez, Defensor y Fiscal- pues encaminan cada en desde su función hacia la misma finalidad*

**2) Podría contarnos si desde su función como Fiscal Nacional de Menores aplica en la actualidad medidas de justicia restaurativa en algunos de los procesos penales en que interviene?**

Desde nuestra función como fiscales del Ministerio Público de la Justicia Nacional aplicamos medidas restaurativas y estamos hace años trabajando para ampliar el aún acotado margen en el que se puede finalmente aplicar. Es más frecuente la aplicación durante la etapa de juicio que en primera instancia. Ello se debe a numerosos factores entre los que se puede considerar: víctimas enojadas y por lo tanto menos permeables por la cercanía en el tiempo del ilícito, los defensores que no propician sobre todo las suspensiones del juicio a prueba porque prefieren aguardar el cumplimiento del plazo establecido en el artículo 4° de la Ley 22.278 sin que se les imponga ningún tipo de reglas de conducta, etc. etc.

**3) En caso de que ello sea así, cuáles son las repercusiones que se han generado al respecto, sea tanto en el menor imputado, su familia, la víctima, su círculo familiar, etc.**

*La repercusión en los casos donde se ha aplicado Justicia Restaurativa es óptima desde todo punto de vista toda vez que promueve la tolerancia, el respeto por la diversidad y promueve las prácticas comunitarias responsables tanto para la víctima como para el infractor. Ello toda vez que involucra directamente a los afectados promoviendo su participación directa y concreta, salvo el caso de las víctimas indirectas o sustituidas en los que también el proceso restaurativo es utilizado para solucionar conflictos en una variedad de contextos como las escuelas, clubes, lugares de trabajo, etc.*

*Debo aclarar que en el Ministerio Público Fiscal no existen mecanismos de seguimiento para evaluar a futuro esa repercusión, no solo para la satisfacción*

*de la víctima y el infractor sino para evaluar la reincidencia o reiteración en el caso de los menores infractores.*

## **V. CONCLUSIONES**

Para comenzar a formular las conclusiones finales de este trabajo me parece lo más apropiado iniciar este tema replanteándonos las definiciones de delito y conflicto penal, la pregunta es si son sinónimos, quizás la respuesta a esto nos pueda ir delineando hacia dónde se quiere llegar.

Los conflictos son parte integrante de la interacción social, no es posible hablar desde los inicios de la humanidad, de sociedades, pueblos, aldeas, aborígenes, etc., sin la existencia de conflictos.

Entonces, afirmada la existencia del conflicto como parte de nuestra vida, individual y social, la siguiente pregunta que debemos hacernos es si los conflictos son malos o buenos, frente a este dilema me animaría a sostener que no son ni una cosa ni la otra, son conflictos y, como tales, deben ser resueltos mal que nos pese, es parte de nuestro desarrollo, de nuestra propia evolución humana y social.

Entonces aquí es donde comienza a darse una paradoja, pues el delito se lo considera algo que es malo, todos lo sabemos, quien delinque genera socialmente un comportamiento de valor negativo y tradicionalmente, desde los modelos retributivos o resocializantes, este comportamiento negativo debe ser neutralizado de una u otra forma. Sea como castigo del hecho pasado, como pura retribución o sea como prevención sobre la figura del delincuente, para que se resocialice y no vuelva a cometer tales comportamientos negativos.

Quienes parten de este modelo obviamente también plantean que el delito tiene una connotación conflictiva, que siempre debe estar acompañada de alguna de estas dos respuestas citadas. El problema es que muchas veces, la idea de conflicto no necesariamente tiene una carga disvaliosa, hay conflictos que pueden ser positivos, socialmente valiosos, pero igualmente deben ser también resueltos.

Entonces, ¿el delito puede ser equiparado al conflicto penal? Esto resulta discutible, puesto que de algunos conflictos penales podríamos obtener, a través de los mecanismos apropiados, soluciones pacíficas, humanas y positivas socialmente hablando, en cambio, del concepto de delito, difícilmente podremos obtener algún resultado destacable y positivo.

Si entendemos al conflicto penal como algo superior de la idea de delito, entonces ya estaremos a bordo de un navío que nos pueda llevar adecuadamente a las soluciones

de la justicia restaurativa. No puede equipararse el concepto de delito al de conflicto penal, porque de esa manera nos iremos hacia las aguas del retribucionismo o preventivismo más duros y nada novedoso aportaremos al debate.

Si nos quedamos en el concepto tradicional de delito, nada más habrá que discutir, el sistema seguirá igual, con sus ventajas y desventajas, pero si con la comprobada ausencia de respuesta, en muchos casos, a los innumerables casos penales que se dan a diario, como así también la consecuente recarga del trabajo de los tribunales y las únicas respuestas que se dan a los menores que se ven envueltos en un conflicto penal y que ya hemos desarrollado.

En cambio, si entendemos que de un conflicto podemos extraer algo positivo mediante la apelación a un modelo de justicia restaurativa como el que propugnamos, a mi entender, el intento tiene serias posibilidades de no sólo no fracasar sino también de sumar una iniciativa positiva, va a llevar a una solución, quizás distinta, pero con resultados posiblemente diferentes a los que ya conocemos y que merecen su debate y su estudio.

A esto se le va a sumar que se va a volver a revalorizar el concepto del derecho penal como ultima ratio a la que apela el Estado para solucionar aquellos conflictos que no pueden ser reparados de ninguna otra manera.

De llegarse a obtenerse un resultado favorable de la implementación de estos modelos de justicia restaurativa para menores en conflicto con la ley penal, los mismos deberían ser el paso previo, para poder abordar estas problemáticas, antes de apelar a los sistemas retributivos tradicionales, sólo de esa manera se estarían tutelando adecuadamente los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y sus garantías constitucionales.

La justicia restaurativa en el derecho penal de menores es una respuesta de avanzada y evolucionada ante el crimen, no puede dejarse de lado porque respeta la dignidad de los jóvenes y construye las ideas de comprensión, contención, formación y adecuada respuesta frente a un conflicto cuya solución promueve la armonía social y la pacificación.

Por tal razón esta propuesta pretende ser un disparador para incluir en la discusión de un futuro sistema penal de menores en conflicto con la ley penal, la inserción de modelos de justicia restaurativa como una respuesta adicional al sistema tradicional, máxime cuando sabemos que hoy en día la República Argentina padece un crisis económica y social marcada, en la cual la mayoría de las personas que viven bajo la línea de pobreza



o directamente en la indigencia, son menores de edad. Se informa a través del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), que al mes de marzo de 2022, el mayor índice de pobreza en el país se da en personas de entre 0 y 14 años, alcanza el 51,4 por ciento de personas que conforman ese grupo etario.

Con estos porcentajes, suponer que la respuesta al problema penal de esos niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, puede ser superada, solamente, desde los modelos penales tradicionales no solo resulta utópica, sino que también resulta carente de humanidad y comprensión hacia uno de los grupos sociales más vulnerables, junto con los ancianos, de nuestra sociedad.

Tenemos un problema sumamente grave en el país en ese sentido, estas generaciones se ven claramente afectadas por la crisis y si no se hace algo al respecto, a futuro la ausencia de soluciones concretas y urgentes van a repercutir en los años siguientes, el problema es aquí y ahora, no podemos escapar a su tratamiento ni diferirlo con falsas consignas o suposiciones, hay que hacer algo, me permito aquí tomar las palabras que recoge la doctora Aida Kelmelnajer de Carlucci citando a Abraham Lincoln en su artículo “Algunas aperturas a favor de la justicia juvenil restaurativa en la jurisprudencia argentina”<sup>24</sup> cuando dice **“...los dogmas de un pasado tranquilo son inadecuados para el tormentoso presente. La ocasión está llena de dificultades y hemos de estar a la altura de la ocasión. Como nuestro caso es nuevo, hemos de pensar de nuevo y actuar de nuevo. Hemos de liberarnos a nosotros mismos...”**.

Como propuesta final y avanzando sobre la hipótesis de una hipotética y favorable recepción a los principios de la justicia restaurativa en el derecho penal de menores argentino. Tan solo imagino como deseable un sistema judicial que, para el caso que algún menor se viera en conflicto con el derecho penal (sea a través de la denuncia penal formalizada ante la autoridad pública o sea ya con intervención directa de personal de seguridad o policial en el ejercicio de labores preventivas) una vez notificada la autoridad judicial de la existencia de la denuncia o el sumario penal que involucra al menor, se tuviera la posibilidad de darle intervención inmediata y previa a una Oficina de Justicia Restaurativa de Menores que debería inmediatamente tomar conocimiento del caso a través del personal especializado, que hiciera un abordaje interdisciplinario del conflicto, contactando a las víctimas, a los interesados, a las familias, a las organizaciones de víctimas y cualquier tipo de entidad que pudiera realizar un aporte positivo al proceso y, una vez realizado el estudio pertinente del caso, con la intervención obligada de facilitadores especializados en la materia, intentar iniciar un

---

<sup>24</sup> Revista de Derecho Procesal Penal “Crisis de legalidad en el Proceso Penal-1”, tomo 2020-1, página 41.

procedimiento de diálogo que pueda eventualmente llevar a una solución al conflicto previa. Una vez que ello pudiera materializarse sería interesante que la Oficina de Justicia Restaurativa Juvenil informe al juez de los avances obtenidos y, eventualmente, presentar ante el mismo los términos del acuerdo restaurativo para que el mismo pueda revisarlo y, de considerar que se dan los supuestos específicos, homologar dicho convenio y extinguir la acción penal una vez que se hayan cumplido todos aquellos compromisos asumidos por las partes en el marco del proceso.

Un esquema de esas características, que podría a su vez estar acompañado de un seguimiento ulterior del caso para ver los avances en cuanto a la superación del conflicto, me inclina por pensar que traería resultados más que satisfactorios no sólo en cuanto a la descompresión del sistema penal, que como solución quizás es relevante pero no la más importante, sino que también traería aparejada la posibilidad de comprobar y verificar la superación del conflicto en todas las partes y a su vez la innecesidad de apelar a las soluciones clásicas que proponen los modelos retributivos. Un modelo de esas características, con una marcada impronta formativa y superadora del odio sería mucho más apropiado y compatible con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes que ha suscripto la República Argentina en los últimos tiempos.

### **Bibliografía:**

- 1) Battola,K.(2014). “Justicia Restaurativa, Nuevos Procesos Penales” Editorial Alveroni Ediciones.
- 2) Beloff, M.(2017).Nuevos Problemas de la justicia juvenil de Editorial Ad Hoc, año 2017.
- 3) Beloff, M.(2018).Derechos del Niño, Editorial Hammurabi.
- 4) Binder, A.(2018).Derecho Procesal Penal, Tomo IV, editorial Ad Hoc.
- 5) Cámara Arroyo,S(2011).JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA: MARCO INTERNACIONAL Y SU DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA revista digital Dialnet.
- 6) Clalvo Soler, R(2018).“Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas” Biblioteca de Infancia y Juventud, Ed. Ned.
- 7) Colección Doctrina “Justicia Juvenil Restaurativa” boletín del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 8) Convención de los derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil.
- 9) Diz, M(2012).Mediación y víctima menor de edad. Ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal,número.Editorial Rubinzal Culzoni.
- 10) Informe de la Secretaria de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, “Justicia Restaurativa en el Sistema de responsabilidad Penal Juvenil; Conceptos, Perspectivas y Mecanismos Procesales para su implementación” (2010).
- 11) “Justicia Restaurativa con jóvenes: estado actual en Latinoamérica. Desafíos de la Justicia Restaurativa en Latinoamérica” (Revista La Trama, número 68, febrero 2021)
- 12) Kelmelnajer,A.(2020).R “Algunas aperturas a favor de la justicia juvenil restaurativa en la Jurisprudencia Argentina”, Editorial Rubinzal Culzoni.
- 13) Larsen, P.(2016).Jurisprudencia de la CIDH, Editorial Hammurabi.
- 14) Ledesma ,A.(2016).El debido proceso penal tomo 3, Editorial Hammurabi.
- 15) Llobet Rdorguez, J(2005). “Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil” en la obra “Estudios sobre Justicia Penal” Homenaje al profesor Julio B Maier, publicado por Editores del Puerto.
- 16) “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa” de las Naciones Unidas (2006).
- 17) Martiniano, T.(2015).El Principio de Especialidad en la justicia de menores a través de la jurisprudencia.Ed. Ad Hoc.

- 18) Morabito, R. (2020). La justicia restaurativa como punto de partida del Derecho Penal juvenil Editorial Rubinzal Culzoni.
- 19) Pavarini Massimo (1992) “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?” en Delito y Sociedad, n°2 Buenos Aires).
- 20) Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (Directores Patricia Ziffer y Mauro Divito) Editorial Abeledo Perrot, abril de 2018.
- 21) Revista de Derecho Procesal Penal “Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia Restaurativa – 1” tomo 2019-1, Rubinzal – Culzoni Editores.
- 22) Revista de Derecho Procesal Penal “Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia Restaurativa – 2” tomo 2019-2, Rubinzal – Culzoni Editores.
- 23) Sagasta, M. (2012). La dimensión de la especialidad en la justicia penal juvenil. Revista de derecho Procesal Penal, Editorial Rubinzal Culzoni.
- 24) Vitale, G. (2010). Suspensión del proceso penal a prueba. Editores del Puerto.
- 25) Zerh, H. (2002). “The Little boof of restorative justice” Good Books, Estados Unidos, 2002.

