

JUSTICIA PENAL JUVENIL Y LOS METODOS DE RESOLUCION DE LOS “VERDADEROS” CONFLICTOS. UNA REFORMA PROCESAL PENAL OMNICOMPRESIVA.

Mediante el presente trabajo se pretende reflexionar acerca de la conveniencia de diseñar, en un proceso de reforma procesal penal, no solo un ámbito en donde se resuelvan de manera más adecuada los conflictos que se plantean ante el Poder Judicial, en especial lo relativo al derecho de los menores de edad, sino también de procurar que las políticas públicas tengan una activa participación en el fortalecimiento de una verdadera justicia restaurativa.

Tal como acertadamente opinara el Dr. Alberto Binder, precursor en temas de reforma procesal penal, *“El modo como el Estado se relaciona con la gente de menor edad y, en especial, cuando se trata de menores que han realizado alguna conducta dañosa, está teñido de hipocresía (...) Cuando al menor infractor se lo priva de su libertad no está en la cárcel; la resolución del juez que ordena encerrarlo o imponerle otra sanción no es una sentencia, y el proceso no es un proceso penal sino un trámite reeducativo (...) Si vamos a sustituir la hipocresía de las garantías, poco habremos ganado. Pero existe otro camino; una recuperación del ideal de tutela y un garantismo eficaz, con capacidad para combatir dinámicamente y enérgicamente la dureza de una sociedad ya experimentada en el ejercicio de la crueldad”*¹.

La experiencia en temas de justicia penal juvenil demuestra que, cualquiera sean los números, el infractor de la ley que no ha cumplido la mayoría de edad se ha convertido en uno de los problemas sociales más sentidos de nuestra época².

Por otro lado, el crimen y el miedo al crimen cometido por jóvenes, es una preocupación prevaleciente de todos los sectores³.

Es decir que, desde el miedo hasta la discriminación, los jóvenes son blanco de críticas y marginación y las soluciones que se proponen a los conflictos con la

¹ BINDER, Alberto, *Menor infractor y proceso...¿penal? Un modelo para armar*, en *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p.231

² HOWELL, J. y otros, *Serious, Violent & Chronic Juvenile Offenders*, Sage, Thousand Oaks, California, 1995, p.1; BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación social y Derecho represivo*, Bosh, Barcelona, 1980, p.49

³ GOLDSOHN, Barry, Prólogo al libro *Youth Justice: Contemporary policy and practice*, Ashgate, Aldershot, 1999, p.XI; GARRIDO GENOVÉS, *Por qué es difícil el éxito en la reeducación de los delincuentes juveniles*, en GARRIDO GENOVÉS y otros, *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, ps. 15 y ss.

ley penal que los mismos generan, no dan los resultados que la sociedad, reclamante de penas duras, esperan como justos.

EL ACCESO A LA JUSTICIA: TRANSFORMACIONES. EL ROL DEL JUEZ DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Esta realidad que la sociedad describe como incierta en cuanto a la efectividad de una posible “condena” a menores de edad, se encuentra íntimamente ligada al ideal de justicia y a la posibilidad de acceder a ella.

La noción de acceso a la justicia, por otro lado, ha experimentado importantes transformaciones a lo largo del tiempo. La dificultad de precisar esta noción radica en que ella encierra dos de los propósitos fundamentales del sistema de justicia: por una parte, el acceso al sistema judicial – donde las personas pueden reclamar el cumplimiento de sus derechos – y, por otra, los medios alternos de resolución de conflictos, desde una perspectiva amplia de justicia (judicial y extrajudicial) que involucre a las instituciones públicas en su conjunto⁴.

Es decir que frente a estos propósitos emerge la necesidad de contar con un sistema judicial “efectivo” para el clamor social, aquel que albergue la posibilidad de reclamar judicialmente y, por otro lado, de contar con una sentencia justa, que imponga condenas a cumplirse en tiempo y forma, con la agilidad y la celeridad que la misma necesidad de justicia le impone.

Ahora bien, todo el sistema judicial está en crisis, pero, el elemento central sobre el que la crisis gira es el juez. Por eso, coincidiendo con Anna Mestitz, creo que uno de los elementos fundamentales en torno al cual gira la buena administración de la justicia es la formación de los magistrados, problema particularmente grave en un campo tan delicado e interdisciplinario como el de los niños y adolescentes⁵.

La función de protección para el desarrollo de algunas categorías de sujetos no significa *administrativizar* la intervención judicial haciendo del juez un *no juez*;

⁴ Documento de formulación. Programa Iberoamericano de acceso a la Justicia elaborado en la Cumbre Iberoamericana, Argentina 2010

⁵ MESTITZ, Anna, *L'amministrazione della giustizia minorile: linee di ricerca*, en CATALDO NEUBURGER, *Nel segno del minore. Psicologia e Diritto nel nuovo processo minorile* cit., p. 169; CIVIDALI, Italo, *La formazione del giudice minorile*, en *MINORI giustizia* 1995/2-34; MAZZA GALANTI, Francesco, *Il giudice minorile: il rapporto fra scuola e giustizia*, en *MINORI giustizia* 1995/2-48; CIMADOMO, Donatello, *Un giudice “único” per il processo penale minorile*, Cedam, Padova, 2002, p. 45

por el contrario, significa “*jurisdiccionalizar* una actividad particularmente significativa”; de lo contrario, se corre el riesgo de manipular al hombre.

El sistema que tenga entre sus objetivos una posible reforma, en temas que incluyen la problemática del niño y del adolescente, debe presentarse como “*tutor de los derechos de la persona*”, pero esto no significa que el juez deba convertirse en un operador social *toutcourt*; solo señala que él no puede dejar de asumir el desafío de la intrínseca y connatural complejidad de su rol”⁶.

Será entonces el juez el que dice la última palabra. ¿Pero cuándo es posible decir la última palabra? En algunos conflictos, especialmente aquellos donde están implicados niños y jóvenes infractores, en pleno desarrollo de su personalidad, hablar de “*última palabra*” es inadecuado, casi un sin sentido. Son conflictos que tienen necesidad de ser transformados lentamente en un proceso que los griegos llamaban *metanoia*⁷ o sea transformación interna; “no se trata de desatar el nudo gordiano, sino de tener capacidad para sacar la espina, capacidad de un lenguaje diverso en el cual decir la última palabra no tiene sentido alguno”. La necesidad de buenos jueces que digan la última palabra es innegable en todo sistema judicial, pero por eso mismo, hay que distinguir aquello que el juez puede dirimir y lo que no puede resolver sino que es menester otro tipo de solución”⁸

El buen juez entonces sería quien advierte, pues, que el tema del menor infractor no siempre puede ser resuelto a través de la jurisdicción clásica. Pero al mismo tiempo, y paradójicamente, enfrenta un nuevo problema: la caída de la *ley* como expresión única de la soberanía del pueblo ha producido un cambio en su función. Investido de nuevos roles, el aumento de las competencias parece presentarse “como una necesidad fisiológica; está constreñido a dotarse de una personalidad poliédrica en cuanto es llamado a moverse en un mundo pulverizado; deberá, entonces, según el tiempo y las circunstancias, ser juez-legislador, juez-mediador, juez-administrador, juez-héroe, juez-controlador, juez-operador social y mucho más”⁹. En suma, una especie de hombre, que a diferencia del personaje de Italo Calvino, no está dividido solo en dos (el conde

⁶ MORO, Alfredo C., cit. Por ANDRIA, Pasquale, *La familia*, en CAVALLLO, Melita, *Le nuove criminalità*, Franco Anegli, Milano, 1995, p. 25

⁷ Del griego μετανοῖεν, *metanoiien*, *cambiar de opinión, arrepentirse*, o de meta, más allá y nous, de la mente

⁸ RESTA, Eligio, sociólogo, intervención sin título, en *Atti del seminario di Studi a cura dell'Ufficio centrale Giustizia minorile*, Franco Angeli, Milano, 1999, p.234

⁹ CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, en *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, en *Atti del seminario di Studi a cura dell' Ufficio centrale Giustizia minorile cit.*, p.79

bueno y el malo), sino que contiene en sí infinitas partes¹⁰. La cuestión no debe asombrar; el rol del juez en la sociedad moderna, esencialmente compleja, tiende a desbordar los límites tradicionales que corresponden al modelo típico del Estado de Derecho¹¹. La crisis de la democracia se muestra, especialmente, en “la caída de toda forma de contrapoder legal, o sea, en la incapacidad del poder de controlarse y, consecuentemente, en la asignación a la actividad jurisdiccional de responsabilidades políticas y sociales que no le competen, y que a veces la desacreditan y otras la sobrevaloran”¹². Sucede, sin embargo, como he dicho, que la formación del juez está muy lejos de estos modelos operativos. Él está formado sólo para resolver quien tiene razón y quien no la tiene en una controversia determinada¹³.

Sea como sea, la Convención sobre los Derechos del Niño exige un juez con un perfil muy especial¹⁴. Por eso, la regla 12 establece que el proceso de reforma y modernización de la justicia debe incorporar a jueces *especialistas*. El mandato significa, en primer lugar, que el juez no solo debe conocer Derecho Penal, sino que debe manejar adecuadamente el Derecho Penal Juvenil, con todas sus peculiaridades; implica, además, que todos los operadores, no sólo los jueces, deben contar con formación específica. Por eso, se recomienda la especialización y la formación profesional adicional de todos los *organismos* encargados de *hacer cumplir la ley*. En este sentido, la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice enfáticamente: “Para la atención de los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”¹⁵.

¹⁰ PAZIENZA, Francesco, *Un giudice minorile dimezzato*, en LARISSA, Silvia, *Corte costituzionale e sistema di giustizia minorile*, en *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Giuffré, Milano, 2000, p.387

¹¹ FIANDACA, Giovanni, *Il giudicetragiustizia e democrazia nella società complessa*, en *Il Diritto Penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p.21

¹² BOUCHARD, Marco, *Mediazione: dalla repressione all'elaborazione del conflitto*, en *Dei delitti e delle pene* 2/92, p. 196

¹³ FERRERI, Piergiorgio, *Mediazione e processo penale minorile: breve osservazioni su un istituto in cerca di identità*, en AMBROSINI ed altri 8ª cura di), *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Giuffré, Milano, 2001, p.179

¹⁴ COSTA SARAIVA, Joao Batista, *El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia*, en *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, 2000, N° 2, p. 39

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28-8-2002, Opinión Consultiva, reproducida en MORELLO, Augusto, *Las edades de la persona en el cambiante mundo del Derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, ps. 36 y ss. Un resumen se encuentra en L.L. 2003-f-106). Para el tema de la especialización de todos los operadores ver MASTROPASQUA, Isabella, *I minori e la giustizia, Operatori e servizi dell'area penale*, Liguori, Napoli, 1997

En suma, podría afirmarse que lo deseable es “un juez garante de las reglas del proceso, pero también garante de la característica sistémica del proceso y del pleno desarrollo de todos sus aspectos. El proceso penal es un proceso del *hecho* – por lo que el juez debe tener la profesionalidad requerida a todo juez – pero también es un juez de una *persona*, por lo que, más allá de sus conocimientos jurídicos, cuentan otras dotes, integrantes de un bagaje cultural, que le permitan administrar correctamente la complejidad dinámica del sistema; es un juez “especialista”, pero no solo porque conoce la materia, sino también porque actúa conforme a ese acervo y, esencialmente, según fuertes principios éticos¹⁶.

LA NECESIDAD DEL CAMBIO ANTE LA CRISIS DE LA JUSTICIA. OPORTUNIDAD DE LA REFORMA:

Una vez cometido el delito, lo deseable es una reacción estatal inmediata, oportuna, proporcionada, garantista, responsabilizadora, educadora, provisional, modificable, de intervención mínima¹⁷. La realidad está lejos de esta respuesta y nadie puede negar este aserto. Sin la pretensión de que se cumplan todas estas características, y aún reduciéndolas a una, cualquiera que sea, puede decirse, sin temor a equivocaciones que tal cual son, los llamados “tribunales penales de menores” no conforman a nadie¹⁸. En este sentido se ha dicho que “la justicia de menores se define por una crisis de identidad y legitimidad”¹⁹.

Es verdad que esa crisis es de toda la administración de justicia; más aún, podría afirmarse que es una crisis del sistema jurídico. En efecto, la expresión “crisis de la justicia” advierte sobre un hecho incontestable: el *sistema* no ha evolucionado convenientemente para poder responder a las expectativas (algunas claras, otras confusas) que maduran en la población en estos últimos años). Ahora bien, la legalidad presupone – lógica y sociológicamente – el conocimiento de la ley; un conocimiento que se basa no sólo en la información,

¹⁶ PANSERI, Cristiania, *Aspettative ontologiche del ruolo del giudice, del Pubblico Ministero, del difensore e del perito nel processo penale minorile*, en FORZA ed al. (a cura di), *Difendere, valutare e giudicare il minore*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 273

¹⁷ VAZQUEZ LARSSON, Mónica, *La Mediación Penal*, en PUNTES GUERRERO, Salvador, *La protección de los derechos del niño. ¿Hay lugar para la mediación?* en *Primer Seminario Internacional en Minoridad y Familia*, Mendoza, 2001, p. 109

¹⁸ Lo mismo puede decirse de los tribunales penales de adultos; prueba de ello son las diarias afirmaciones de sus protagonistas (víctima, procesado, policía, jueces) de la opinión pública y de la opinión publicada (conf. HIGHTON, E.; ALVAREZ, G. y GREGORIO, C., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p.57

¹⁹ BERNUZ BENEITEZ, *De la protección de la infancia...* cit., p.143

sino en la convergencia de los valores y modelos de comportamiento de las culturas de los cuales los poderes son expresión. La *legalidad* supone que existen ciertas reglas de juego a través de las cuales se formulan otras reglas. La *legitimidad*, propuesta como postulado de la misma legalidad, lleva a la norma a confrontarse con la situación concreta en términos no solo de coercitividad, sino de aceptabilidad. Hay aquí un área de encuentro o desencuentro entre los dos poderes; cuando los poderes culturales son expresión y contenido deforme del poder formal, se crea una zona de conflictividad que impacta directamente el modo de hacer justicia desde que el juez no solo es un hombre de Derecho, sino un hombre inserto en el contexto social²⁰. La crisis, pues, no es solo la crisis de la administración de justicia sino del sistema jurídico legal, entendido como crisis de legitimación y de eficacia del ordenamiento mismo²¹.

Con mayor o menor extensión, en todos los países, aún los más evolucionados, la confianza en el sistema judicial, no solo en la justicia penal juvenil, ha declinado fuertemente: La administración no cumple con los deberes que le impone la ley, el deudor encuentra un aliado en la lentitud e ineficacia del órgano jurisdiccional, el sistema normativo no tiene aptitud para tutelar a las víctimas, etc.²².

La sección correspondiente a la justicia de niños y adolescentes es solo un área marginal que no escapa a esta polémica, pero varios elementos coadyuvan a sumar gravedad a la enfermedad cuando hay niños implicados: (a) la emotividad generada por los casos específicos; (b) el sector juega el rol de laboratorio de innovaciones para ser chequeadas, y luego pasadas a la justicia de adultos; en otras palabras, los delitos cometidos por jóvenes usualmente juegan el rol de caballo de Troya en la ciudadela del sistema legal clásico²³ (c) la justicia penal juvenil concentra la atención sobre el autor del ilícito pero normalmente fracasa ya sea en su objetivo retributivo cuanto en el rehabilitativo. La fractura creada, la lesión causada a la sociedad en el momento en que el ilícito se cometió, no se sana, no se cura, no se repara. La

²⁰ DI NALLO, Egeria, *Crisi della giustizia minorile. Quadro interpretativo del fenómeno*, en ARDIGO, A. (a cura di), *Giustiziaminorile e famiglia*, Pátron, Bologna, 1977, p. 40

²¹ PATANE, Vania, *Note a margine della Raccomandazione N.R. (99) 19 nella prospettiva della "mediazione" nella giustizia penale italiana*, estratto da *Annali della facoltà di Economia dell'Università di Catania*, XLV, 1999, p. 813

²² BOUCHARD, *Mediazione: dalla repression alla relaborazione del conflitto* cit., p. 196

²³ MESTITZ, Anna, *Managing Juvenile Criminal Justice in Italy*, en *The challenge of change for judicial system*, IOS Press, Bologna-Utrecht, 2000, p. 221

simple punición del culpable, cuando ocurre, no ataca la causa, no explica, no tranquiliza, más aún, reproduce marginación y conflicto²⁴.

Infligir una pena hace correr el riesgo de seguir viviendo con un crimen más o menos tolerable, siempre que se satisfaga la necesidad de la comunidad de sancionar. Estamos acostumbrados a las drogas sintomáticas que, después de un tiempo, no tienen ningún efecto en el cuerpo, a menos que la dosis se incremente. Este incremento se traduce en el creciente clamor público por aumentar la pena; si la pena no funciona, aumentemos la dosis. En esencia, se trata de “*más de lo mismo*”, y sabido es que quien sigue haciendo lo mismo no puede esperar un resultado diferente. La actitud exclusivamente punitiva ha producido un efecto paradójal: por un lado, la adopción de medidas cada vez más represivas y, por el otro lado, mayor ineficacia, debido a la dificultad de concluir el proceso en corto tiempo y aplicar penas tan severas a delitos que no son particularmente serios. Esto no implica que la pena sea inútil, como lo sostienen los abolicionistas. Solo significa que hay que sustituir la droga, si fuese posible, por otra que ataque a las causas y no a los síntomas.

En realidad, la mayoría de los operadores reclama a los tribunales lo imposible: que protejan al público del menor delincuente, pero al mismo tiempo, que sean guardianes del futuro del niño; que lo preserven dentro de la familia tanto como sea posible; le provean guía y cuidados; le enseñen a ser responsable, etc.²⁵.

Las ideas en torno a qué justicia se quiere pueden o no compartirse, pero las coincidencias son totales en la siguiente afirmación: *la respuesta legal y judicial frente a qué se hace con el joven que ha violado el ordenamiento es altamente insatisfactoria*.

Frente a esta insatisfacción parece de toda lógica sostener que algún cambio haya que producir. La pregunta es: ¿Quiénes deben proponer los cambios? La posibilidad de reformar un Código Procesal Penal es la oportunidad para, concientizados de la realidad de los jóvenes infractores, hallar una solución a sus verdaderos conflictos?.

HACIA UN NUEVO SISTEMA PENAL JUVENIL. SU INCLUSION EN EL PROYECTO DE REFORMA:

²⁴ ALVAZZI DEL FRATE, Anna “*La domanda di mediazione: bisogni e aspettative delle vittime, relazione al Convegnotrentino*”, 23-4-2001, *La mediazione del conflitti in ambito penale*

²⁵ SNYDER, H. y otros, *Juvenile Offenders and Victims: A National Report*, U.S. Department of Justice, 1995, p.70; KRISBERG y AUSTIN, *Reinventing Juvenile Justice* cit., p. 1

Tradicionalistas y reformadores han coincidido en la necesidad de un nuevo Derecho Penal: el “Derecho Penal Juvenil” y en la también necesaria creación de juzgados penales juveniles diferenciados, lo que obedece, normativamente, al principio constitucional de *igualdad ante la ley*. La igualdad, lo ha dicho la Corte federal argentina en innumerables oportunidades, supone tratar a los iguales y desigual a los desiguales; pues bien, el niño es una persona, un sujeto de derechos, que exige ser tratado con todas las garantías constitucionales, más un *plus*, cual es atender a su peculiar proceso de formación, especialmente cuando el déficit cultural y educativo lo han colocado en contacto con el sistema penal²⁶. Esta mirada, que atiende a la igualdad substancial y no meramente formal (principio al que tiende el Derecho Procesal moderno en un gran número de ámbitos), explica que desde muchos años atrás, algunas figuras jurídicas se regularan de modo diferente (el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena, etc.) Hoy, especialmente en la República Argentina, en razón de que la Ley Fundamental presume que la niñez es una categoría discriminada socialmente (art. 75, inc. 23 de la Const. Nac.), el legislador, el juez y el administrador están obligados a asumir mayores medidas en su favor, en definitiva, a tomar verdaderas “acciones positivas”²⁷.

Esta idea central, no siempre respetada a lo largo de la historia, explica el paso de la noción de “*menor en situación irregular*” a la de “*protección integral del niño*”, fundada en el “interés superior” o el “mejor interés del niño, asegurado por la Convención sobre los Derechos del Niño. También hace comprensible que las legislaciones estén en plena mutación, pues cambian al impulso de esa Convención, fundadas en la especificidad del niño, que no es un hombre “*en reducción*”, sino un ser “*en devenir*”, titular de derechos y deberes, y parte integrante de una sociedad que debe hacer todo lo posible para acogerlo y acompañarlo hasta la edad adulta.

Los tribunales penales juveniles, pues, no son tribunales “*especiales*”, vedados por el orden constitucional, sino “tribunales *especializados*”, requeridos por el orden supra constitucional.

Es decir que, más allá de la igualdad formal declamada por las normas, resulta a todas luces inconstitucional un sistema en el cual el poder punitivo no se *ejerce* según la gravedad del conflicto sino penando sólo a los más vulnerables.

²⁶ LARISSA, *Corte costituzionale*... cit., p. 90

²⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “*Las acciones positivas en la Reforma Constitucional (art. 75, inc. 23, C.N.)*”, en *La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del Derecho*, public. de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras, N° 27, 1998, p. 8, y *Las acciones positivas*, en revista *Jueces para la Democracia*, Madrid N° 41, julio 2001, p. 49, y en *Revista de Derecho*, Dirección General de la Mujer, Secretaría de Promoción Social, Ciudad de Buenos Aires, vol. 1, 2001, p. 19

Zaffaroni, tan crítico del sistema penal en general, dice que Derecho Penal y Derechos Humanos son hoy dos términos incompatibles porque es propio de la estructura del poder punitivo ser selectivo en perjuicio de los más débiles²⁸ y, concretamente, respecto de los niños, afirma: “la criminalización es un proceso altamente selectivo, es decir, el sistema penal selecciona por criminalización secundaria a una serie de personas según criterios de vulnerabilidad social. Esta vulnerabilidad social se determina conforme con diversos factores y se agudiza cuando se trata de la criminalización de niños²⁹. Es nuestra obligación, pues, trabajar por un sistema que borre la tradición discriminatoria que ha signado por años a los tribunales penales juveniles.

El interrogante es entonces ¿será esta Reforma Provincial el momento propicio, para darle a los jóvenes la posibilidad de que sus derechos, constitucionalmente reconocidos, se cristalicen en verdaderas soluciones a sus conflictos?.

HACIA LA BUSQUEDA DE UNA VIA ADECUADA. LA “JUSTICIA RESTAURATIVA”, “REPARATIVA”, “REINTEGRATIVA” O “RESTITUTIVA” COMO POSIBLE SOLUCION:

Convencida de que los métodos de resolución alternativos de conflictos, constituyen la mejor manera de dar respuesta a los requerimientos sociales, en cuestiones de conflicto de menores con la ley penal, considero que una posible solución se encuentra en la llamada Justicia Restaurativa, Reparativa, Reintegrativa o Restitutiva.

Si bien el debate se caracteriza por una gran confusión terminológica y conceptual, reflejada muy gráficamente por la variedad de términos que se proponen: justicia positiva, pacificadora, relacional, reparativa, restauradora, comunitaria. Junto a estos adjetivadores, aparecen los sustantivos restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación, etc., etc”.

Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión “*Justicia restauradora*”, o “*Justicia restaurativa*”, fórmula, como se ha dicho, “convenientemente corta”: se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. *Il problema del rispetto dei diritti dell'uomo nell'esperienza giuridica latinoamericana*, en MOCCIA, Sergio (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Scientificheltaliane, Napoli, 2002, t.II, ps. 453-454

²⁹ ZAFFARONI, Raúl, *Infancia y poder punitivo*, en *Derechos universales. Realidades particulares*, Unicef, Buenos Aires, 2003, p. 86

respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aún a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se reduce en las tres “R”: *Responsability, Restoration and Reintegration* (Responsabilidad, Restauración y Reintegración)³⁰. Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.

LA MIRADA DESDE UNA POSIBLE REFORMA PROCESAL PENAL: ACERCA DE LA NECESIDAD DE INVOLUCRARSE:

Según Morris y Maxwell³¹ para que el proceso de la Justicia Restaurativa trabaje bien, todas las personas involucradas en el proceso deben estar muy compenetradas de los valores que este movimiento defiende. Por eso, algunos profesionales (especialmente los que ya están en el sistema tradicional de justicia y en la policía) deben cambiar su actitud, abrirse a nuevas prácticas, trabajar en equipos, admitir ser monitoreados, someterse a prácticas de formación permanente, sin creer que nada de esto disminuye su autoridad; otros profesionales (por ej. los trabajadores sociales) deben modificar ciertos criterios (especialmente el manejo de lenguajes estereotipados, la creencia de que son imprescindibles), y todos, fundamentalmente, deben trabajar para que la sociedad cambie muchas de sus actitudes represivas y discriminatorias. Por lo tanto, entrenar a todos los profesionales y otros sujetos antes mencionados, en los valores de la Justicia Restaurativa es crucial para llevar adelante cualquiera de sus programas dentro de un Proceso de Reforma Procesal Penal.

LA COMUNICACIÓN DENTRO DEL PROCESO DE REFORMA:

Como en todo proceso de innovación institucional, es evidente que la comunicación asume un rol importantísimo: el buen funcionamiento y la transparencia de los entes públicos de informar correctamente a los habitantes acerca de sus propias funciones y de los servicios que prestan, puede ser un elemento trascendental para el éxito de la reforma. Un factor determinante para

³⁰ MIERS, David y otros, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, Home Office, London, 2001, p.9

³¹ MAXELL Y MORRIS, *Implementing Restorative Justice: What Works?* cit., en MORRIS-MAXWELL, *Restorative Justice...* cit., p. 278

la eficacia de la acción es la activación de un proceso de comunicación, tanto interna, de los operadores entre sí, como externa, de los operadores con otras instituciones. Ese proceso de comunicación debe llevar “a transparentar, escuchar, simplificar, participar, evaluar la corrección, eficiencia y eficacia”.

Debe recordarse que la relación entre justicia y ciudadano es difícil, no solo por la complejidad del sistema, por su ritualidad y, en general, por la imagen de sacralidad y de impenetrabilidad que caracteriza la representación social del sistema jurídico, sino también por el lenguaje utilizado, normalmente tan formal y técnico que en ocasiones no lo entiende ni el imputado ni la víctima.

Por eso, es imprescindible “popularizar” el lenguaje y el contenido³².

De cualquier modo es imprescindible aclarar qué se quiere decir cuando se habla de mejorar la comunicación. Se ha señalado con acierto que hoy la justicia está en los medios masivos de comunicación, pero esto no significa que funcione mejor, ni que el ciudadano conozca mejor sus derechos y obligaciones; más aún, se ha producido el efecto contrario: “de parte de los magistrados, hay una sobrevaloración de su propio rol, y de parte del ciudadano, una opinión acrítica orientada al elogio o, por el contrario, a la condena, con la consiguiente determinación de comportamientos cada vez más pasivos del usuario que, en un caso, se fía ciegamente, y en el otro critica sin ninguna reserva³³”.

De tal modo que cuando se habla de comunicación, debe existir un certero conocimiento de lo que se está tratando, y una actitud positiva de los involucrados, sean estos, quienes participan del conflicto, como también los terceros que coadyuvan a la solución.

OTRA CUESTION A CONSIDERAR: LA EFECTIVIDAD DE LA CONDENA ANTE LA CARENCIA DE ESTRUCTURAS

En todo Proceso de Reforma resulta necesario contar con la estructura adecuada. La experiencia práctica de los programas posteriores a la sentencia de condena es, según los autores, bastante negativa: en algunos casos, las condenas estaban referidas a los delitos de corrupción, concusión, peculado, conexos al fenómeno de la “*tangentopolis*” y, obviamente, los jueces

³² CUESTA ARZAMENDI, José y GIMENEZ SALINAS, E., *Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España*, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. José R. Casabó Ruiz*, cit. P. 563

³³ FACCIOLI, F. y MESTITZ, A., *La giustizia minorile tra burocrazia e comunicazione*, en *MINORI giustizia*, 2/2000, p. 170

consideraron que la mediación no era vía idónea. En otro tipo de delitos, las peticiones fueron rechazadas por no advertirse en el condenado ningún tipo de arrepentimiento. Muchos jueces de ejecución hacen mención a la carencia de estructuras, especialmente a nivel social, para poder cumplir las obligaciones que eventualmente puedan asumirse³⁴.

Lo mencionado adquiere particular relevancia en los conflictos donde se encuentran involucrados niños o adolescentes, toda vez que si hablamos de lugares de contención los mismos no existen para esta franja etaria.

Las instituciones de la Provincia que hoy albergan a menores de edad en conflicto con la ley penal, lejos están de convertirse en un lugar de rehabilitación y posible reinserción social. Si nos remitimos a la disparadora frase del Dr. Binder, presente en este trabajo, admitir que esos lugares, abarrotados y ungidos de conflicto puro, son lugares de contención para los jóvenes, es francamente una hipocresía.

Las estructuras de contención no existen, por más buenas intenciones que se tengan. Es ahí donde nace la necesidad de contar con la implementación de redes de contención a la problemática infanto-juvenil, previstas como políticas públicas tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Convenciones Internacionales de raigambre constitucional, como en la Ley 26.061 de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

CONCLUSION Y PROPUESTAS DE SOLUCION:

El punto de partida de este trabajo fue: el sistema formal de la justicia penal de menores no sirve; nadie gana, todos pierden. Pierde el ofensor, porque ingresa a un sistema estigmatizador que no lo reconcilia consigo mismo, lo aleja de sus afectos, y sigue siendo un excluido de la sociedad. Pierde la víctima, porque siendo la dañada directa, clama como Quijote contra molinos de viento y profundiza su condición de víctima. Pierde el Estado, porque frente a recursos escasos, gasta ingentes sumas de dinero en un sistema ineficiente. Pierde la sociedad, porque contamina su cuerpo de sentimientos de injusticia, infelicidad e inseguridad.

El objetivo básico se redujo a la frase atribuida al presidente Franklin D. Roosevelt: *“Algo hay que hacer”*, a la que he agregado el calificativo “distinto”. O sea, *“algo distinto hay que hacer”* porque parece que lo que hasta ahora hacemos sirve de poco, y si seguimos haciendo lo mismo no tenemos

³⁴ MONTEVERDE, Lino, *Mediazione e riparazione dopo e giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza*, en *MINORIGIUSTIZIA* 1999/1, p.86

posibilidad de un resultado diferente: “en las últimas dos décadas, la actitud de la sociedad hacia los jóvenes delincuentes ha sido intolerante, crecientemente hostil y de exclusión. En la cultura popular y en la retórica política, el delincuente juvenil es descripto como amenaza externa, como personas que son diferentes a nosotros, que verdaderamente no pertenecen a nuestra sociedad y contra quienes debemos defendernos. La sociedad invierte cada vez más en alarmas, cierres, circuitos de televisión y otros medios de seguridad y de esa manera pretende estar protegida de los criminales. Pero es sabido que nada de esto sirve”³⁵.

Frente a estas situaciones, el Estado, y específicamente el Poder Judicial, no puede ni debe abdicar del rol de garante de las libertades y de los derechos constitucionalmente amparados.

Consecuentemente, cuando se aceptan los programas restaurativos, entre ellos la probation o la mediación, no se propicia “privatizar la justicia”, ni se afirma “justicia sin Estado”³⁶. Por el contrario, se sostiene la idea de “justicia con Estado y con otros organismos comunitarios”; justicia *con todos*, porque el tema de los delitos cometidos por personas menores de edad es un problema tan serio, obedece a tantas causas, presenta tanta variedad, que es absurdo pensar que la solución está en manos exclusivas de uno solo (el Estado, a través del aparato judicial³⁷ o los grupos sociales).

“El tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal es complejo e involucra distintos sistemas. Uno de ellos es el sistema judicial y otro es el sistema social. Esos conflictos involucran a una cantidad de diversos actores: víctima y victimario en primer término, seguido por sus grupos familiares, pasando por la comunidad y culminando en la sociedad representada por el Estado. La mayoría de los casos que involucran a jóvenes en infracción con la ley penal traen consigo otro tipo de problemas conexos que coadyuvan y/o son causa-fuente de tal enfrentamiento con el sistema penal juvenil. Pobreza e indigencia como síntesis de un cúmulo de carencias básicas y sinónimo de exclusión social, como así también conflictos familiares, drogadicción,

³⁵ JOHNSTONE, *Restorative Justice...* cit., p. 10

³⁶ No se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima. El paradigma consensual es solicitud, es ayuda, es voluntad y requiere de bases reales y armoniosas” (Cfr. NEUMAN, *Mediación y conciliación penal* cit., p. 52).

³⁷ FOUCAULT, en *La angustia de juzgar*, dice: “Me temo que sería peligroso dejar que los jueces continúen juzgando solos, liberándolos de su angustia y evitándoles que se pregunten, ¿en nombre de qué juzgan?, ¿con qué derecho? ¿A quien y por que actos? ¿Quiénes son ellos para juzgar? (citado por PEGORARO, Juan, *La violencia, el orden social y el control social penal*, en <http://catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro>)

alcoholismo, por ser los más citados, no solo forman parte de aquel problema sino que en muchas oportunidades, dicho conflicto es el corolario de una cadena ininterrumpida de déficit. Por todo esto, las políticas sociales, básicamente de tipo comunitarias, son necesarias para el desarrollo integral que propone una justicia restaurativa en sentido general, como así también para la efectividad y eficacia de los programas de reparación u otro tipo de acciones concomitantes que ese sistema debe prever”³⁸.

La realidad argentina muestra que los defectos del Poder Judicial se repiten, en algunos casos multiplicados varias veces, en los organismos que dependen del Poder Ejecutivo. Muchos esfuerzos judiciales se pierden a la hora de ejecutar las decisiones; el Poder Ejecutivo no organiza, u organiza mal, los instrumentos necesarios para que la sentencia tenga sentido positivo; no hay buenos centros de recuperación, las detenciones se cumplen en lugares donde el adolescente no aprende nada que le permita recuperarse socialmente, etc.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO PROPUESTA DE SOLUCION Y COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL CAMBIO:

La Justicia Restaurativa no propone simplemente un nuevo programa a una nueva técnica; sus fines son más ambiciosos; pretende un cambio en nuestra manera de ver y de responder a los actos criminales. “En una sociedad compleja la atomización del conflicto es una elección que aleja la posibilidad de respuesta efectiva a las situaciones de necesidad. Proceder ciegamente a lo largo del camino con simples racionalizaciones o modernizaciones de las técnicas de resolución de conflicto sin un cambio efectivo de la mentalidad en la cultura que insufla el sistema de justicia será un paso atrás”³⁹.

Este cambio exige reconocer que:

- 1) Los ofensores son parte de nosotros y no enemigos de afuera. Más aún, el aislamiento es una estrategia altamente imprudente porque conducimos al infractor a la subcultura de los criminales. Por el contrario, hay que acercarlos a nosotros, solo así estará dispuesto a reparar el perjuicio causado.
- 2) El sistema social y judicial que tenemos no es la respuesta inevitable y única ante el crimen. Hay otras opciones lícitas y razonables que tienden a la reparación del daño causado.

³⁸ HERRERA, Marisa, *Sentando las bases para un cambio necesario. Justicia restaurativa y políticas sociales* (inédito). Su trabajo final al curso de Justicia Restaurativa dictado en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

³⁹ BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto* cit., p. 199

- 3) El sistema judicial actual no está preparado para cumplir con el propósito de restaurar o reparar.
- 4) Para producir el cambio, hay que estar seguro de que no estamos tirando al niño/a o adolescente junto con el agua de la bañera en la que se está bañando. Los cambios, si no son sistemáticos, pueden empeorar la situación.
- 5) La Justicia Restaurativa no significa solución a todos los problemas sociales ya que no constituye la panacea universal. No resulta posible renunciar a la función jurisdiccional, imprescindible en todo Estado de Derecho.
- 6) La crisis del Poder Judicial no depende de la simple ineficiencia organizativa; es expresión de una crisis estructural de un sistema que comprende la familia, el barrio, la escuela, el trabajo, la iglesia, etc.⁴⁰.

CONCLUSION: DE LA PRETENDIDA REFORMA PROCESAL PENAL OMNICOMPRENSIVA:

Una posible reforma requiere la reflexión conjunta de todos los sectores involucrados; lo que parece mucho mas razonable que reformas “desde arriba” que frecuentemente olvidan la creación de la correspondiente infraestructura⁴¹.

Toda intervención debe ser planeada y los sujetos intervinientes debidamente entrenados. En cualquier sistema, la falta de coordinación dentro de los poderes del Estado, de éstos entre sí, y de éstos con la comunidad, impide soluciones razonables y eficientes. El niño, el adolescente, es *una* persona; el sistema no puede dividirlo y destruirlo a través de numerosos “servicios” (judiciales, sociales, privados, etc.)

Los grupos de trabajo deben estar coordinados en la tarea cotidiana y no solo en los grandes objetivos. Cualquiera sea el modelo que se instrumente, debe haber colaboración entre tribunales, servicios sociales, entes locales (municipales, regionales), comunidades de acogida, organizaciones no gubernamentales, etc.⁴².

Debe crearse en la policía una división encargada de los asuntos juveniles, tomando en cuenta la experiencia de Costa Rica o Inglaterra. Esta división

⁴⁰ BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto* cit., p. 193

⁴¹ DUNKEL, *Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil...* cit., p. 139

⁴² BUSNELLI FIORENTINO, *L'integrazione fra servizi nella attuazione del nuovo processo penale minorile* cit., p. 21

debe estar formada, esencialmente, con nuevos ingresantes a la fuerza de seguridad, formados especialmente para este tipo de tareas.

Por el momento, dada la escasa formación y la triste historia de la institución policial, esa división solo tendría por función recibir las denuncias y asegurar el respeto de todas las garantías constitucionales; su tarea concluiría enviando el expediente a la Fiscalía de turno.

El Estado debe incentivar un sistema de evaluación permanente, regular y riguroso que mida seriamente los resultados y modifique sobre la marcha todo lo que sea necesario⁴³.

En un país sumido en carencias sociales, es absurdo creer en programas restaurativos o en reformas sin una red social que ayude al joven infractor. Hay que ser realista: no tiene sentido ni imponer ni dar al joven la opción libre de prestar servicios si en el ámbito donde vive no hay ninguna posibilidad concreta de trabajo. Sea a través de cualquier método de resolución de conflictos, la solución exige que este joven infractor tenga posibilidad de reparar económicamente a la víctima, aunque sea mínimamente. Para ello, es necesario que el ofensor tenga un espacio donde prestar el servicio prometido, donde desarrollar la actividad que le dará fondos, etc. Ni el sistema judicial, ni el de los servicios sociales se ha preparado para esta red, por lo que es la primera que hay que tender: clubes deportivos, pequeñas empresas, municipios, asociaciones sin fines de lucro, etc., todos pueden ser espacios útiles para que este joven se inserte. Para eso, la oficina de medidas alternativas dentro de la Reforma, tiene que saber a qué teléfono llamar.

Finalmente y como corolario de este trabajo que mas que una ponencia, pretende ser una simple visión de la realidad, que por mi trabajo me toca a diario, voy a remitirme a unas palabras de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, que reflejan de un modo preciso mis inquietudes y deseos para con la realidad de los jóvenes en conflicto con la ley penal. “Alguien dijo que “no se sabe como va a evolucionar el sistema de justicia juvenil”, yo tampoco lo sé; sólo puedo decir, igual que Martin L. King: “Yo tengo un sueño”. El mío es una justicia penal juvenil que reconcilie al infractor consigo mismo, con la víctima, y con la comunidad, de modo tal que a través de un proceso educativo, rodeado de todas las garantías constitucionales, logre reinsentarse en la sociedad como un sujeto que se valora a sí mismo y es valorado por los demás. Creo,

⁴³ MIERS y otros, *An Exploratory...* cit., p. 15

sinceramente, que los programas de Justicia Restaurativa pueden ser un buen instrumentos para la realización de este fin⁴⁴.

Yo también lo creo y estoy absolutamente convencida de que esta posible Reforma Procesal Penal es el camino idóneo para concretar dicho anhelo.

ANA CAROLINA CANO

Defensora de Menores e Incapaces de la Ira. Nom.

Centro Judicial Concepción

⁴⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *“Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009