



**ANEXO DE  
LECTURAS**

**CURSO “AMBITO DE INTERVENCION Y  
EXPERIENCIAS DE APLICACION DE LA  
JUSTICIA RESTAURATIVA”**

### **UNIDAD I: NUESTRA OPCION POR LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Palomba Federico “Tendencias Evolutivas en la Protección de los Menores de Edad”, En la Niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. Un nuevo Derecho Penal Juvenil, un Derecho para la Libertad y la Responsabilidad”, Ministerio de Justicia de la República de El Salvador, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) 1995 Director General para la Justicia de Menores del Ministerio de Gracia y Justicia de Italia. Texto incluido en “Los Adolescentes y la Justicia” La Doctrina de la Protección Integral de niños, niñas y adolescentes, Lecturas e instrumentos CEAPAZ, Lima, 2000, p 7-17.

la doctrina de la protección integral de la doctrina de la situación irregular, así como los modelos garantistas de los modelos de control social o institucionalizadores, encontramos aquí los textos de Federico Polomba sobre las "Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad; Elías Carranza y Rita Maxera con "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina"; y la lectura de Sneider Rivera sobre "Los derechos humanos de la niñez: una oportunidad para la razón";

- b) lecturas que describen la recepción de la doctrina de la protección integral en la América Latina, aquí hemos ubicado el texto de Emilio García Méndez sobre "Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina", Alessandro Baratta con "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia" y Gimol Pinto con "La doctrina de la protección integral de los derechos del niño y del adolescente;y
- c) una lectura que se ocupa de la responsabilidad de los adolescentes infractores aplicando la teoría del delito y la doctrina de la protección integral (Mabel López Oliva).

En la segunda parte hemos incluido cuatro instrumentos importantes que abordan el sistema de justicia penal juvenil y los derechos de los adolescentes infractores: La Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

Esperamos que este material puedan servir y ser utilizado no sólo para tener una comprensión más cercana a la evolución de los derechos humanos sobre todo en el ámbito de la justicia penal juvenil, sino también para su aplicación por los operadores del sistema y mejorar, de esa manera, el servicio público de justicia que atiende a niños, niñas y adolescentes.

Lima 14 de abril del 2000

  
Oscar Vásquez Bermejo  
Responsable del Área Jurídica  
CEAPAZ

## Tendencias Evolutivas en la Protección de los Menores de Edad

*Palomba, Federico*

*En: "La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. Un Nuevo Derecho Penal Juvenil, un Derecho para la Libertad y la Responsabilidad"; Ministerio de Justicia de la República de El Salvador / Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 1995.*

*(Director General para la Justicia de Menores del Ministerio de Gracia y Justicia de Italia.)*

### Punición y protección

En el siglo pasado los niños y jóvenes infractores eran puestos en las cárceles de adultos a la par de los peores delincuentes. Mientras la asistencia a la infancia estaba reservada a las obras privadas de caridad, los Estados empezaban a ocuparse de los niños infractores, para evitar que fueran sometidos al mismo tratamiento que recibían los adultos. Con el fin de juzgar a menores autores de hechos delictivos y de asegurarles un tratamiento diferenciado y específico, surgió en 1898, en Chicago, la primera "Juvenile Court". Este fue el comienzo de una nueva conciencia de las colectividades organizadas, hacia una categoría social que, hasta entonces, era objeto de abandono o maltrato.

La creación de la justicia especializada de menores; la expedición de leyes, la creación de tribunales y servicios especializados para los menores de edad, es el resultado de un movimiento humanitario que pretende liberar a los niños del sistema penal y cuyas principales características podrían quedar brevemente resumidas en los siguientes puntos:

1. Los menores de edad deben estar separados de las influencias nocivas de los delincuentes adultos.
2. El menor infractor, con su delito o falta, revela los síntomas de una enfer-

medad que debía ser curada; razón por la cual tiene que ser sometido a un tratamiento especial antes que a una medida de punición. El menor infractor era considerado peligroso para sí mismo y para la sociedad; por esto tenía que ser curado y reeducado en instituciones o centros donde se investigaba, de una forma inquisitiva, los diversos aspectos de su personalidad. Se buscaba reeducarlo para el respeto a las reglas sociales, a través de la relación con el personal del centro especializado (vigilantes, educadores y sobre todo del director), pero siempre lejos del contexto exterior, del mundo de donde se sacó al menor, aquel mundo, que también era el mundo, al cual se pretendía volverlo a integrar armónicamente.

3. Coacción e indeterminación temporal del tratamiento. Al igual que los enfermos, el menor infractor debería ser internado en un lugar separado de aquellos en donde se desarrolla la vida ordinaria. En ese sitio debería permanecer el tiempo que duraría su enfermedad. La duración del tratamiento, depende entonces de la necesidad del menor, necesidad que a su vez era determinada por los funcionarios de la administración encargados de la aplicación de las medidas. La enfermedad debe ser sanada en la relación estricta entre el menor y quien ejerce sobre él una actividad penetrante de introspección: el joven no comprende la naturaleza de su supuesta enfermedad, no sabe que tiene que hacer para sanar, ni cuánto tiempo necesita, solamente entiende que es considerado menor enfermo, que se sana más rápido, siguiendo y obedeciendo las órdenes de los instructores.
4. El menor debe ser apartado de su medio e internado por su bien. Se trata de medidas que mezclan la defensa social con la protección y ayuda; el propósito de la medida era defenderlos de la sociedad y al mismo tiempo defender a la sociedad de los menores infractores.
5. En muchísimos países esa situación fue asimilada a la de los menores en riesgo o peligro, vagos, abandonados, explotados sexualmente, de tal forma que casos de naturaleza diferente resultan identificados en su respuesta institucional.
6. Si el menor era un enfermo y tenía que ser curado mediante la reeducación, no era necesario un proceso judicial, ni el establecimiento de requisitos legales. Como se trataba de curar y no de reprimir, todo estaba permitido y por tanto, no había ninguna necesidad de respetar las garantías jurídicas.

Por otro lado, el funcionamiento de los sistemas de justicia especializada de menores permitió que los niveles y planos de la administración y de la jurisdicción se confundieran: en muchas ocasiones son los funcionarios administrativos los encargados de decidir sobre la libertad personal y la duración de la medida de internamiento, mientras que estas decisiones deberían ser competencias estrictamente jurisdiccionales. Esta concepción se reveló entonces, como gravemente desconocedora de las garantías jurídico-procesales que deben ser aseguradas a todos los ciudadanos.

En efecto, aunque la tutela renuncie formalmente al castigo, con el pretexto que no era castigado, sino tutelado y ayudado, el menor estaba sometido a la privación de libertad personal sin las garantías del debido proceso, por un tiempo indeterminado y sin referencia a un hecho específico. Mientras que la doctrina jurídica general establece el principio de legalidad como el necesario anclaje del proceso de condena y sanción a un hecho estrictamente tipificado como una infracción a la ley penal, la concepción paternalista correccional corre el riesgo de rescatar la doctrina de la culpabilidad de autor, superada en la doctrina penal, enmascarándola como protección o tutela.

Por ello la idea generalizada que el menor había salido del derecho penal no es cierta. Aunque se diga que el menor es inimputable, que el menor es irresponsable, que el menor no tiene la culpa, que sólo necesita reeducación, el menor padece las consecuencias de un internamiento, con hipotética función reeducadora y protectora, que en nada se diferencia de una forma de privación de libertad por encarcelamiento. En realidad, no es que el menor saliera del derecho penal, todo lo contrario; se le suprimen las garantías jurídico procesales y carga total y exclusivamente con la responsabilidad de la conducta transgresora.

Sin embargo, punición, tutela o protección se revelaron siempre como soluciones demasiado simples para un problema complejo. En primer lugar, estas respuestas sólo representaban, en el fondo, una auto absolución del mundo de los adultos. En segundo lugar, el intento de sanar la supuesta enfermedad del menor permitió que solamente se identificaran los aspectos individuales del problema en lugar de reconocer la necesaria interacción entre el menor y su contexto.

Además, la segregación del joven como remedio a su malestar atribuye al fenómeno una naturaleza de orden público y de seguridad, sus-

trayendo de la comunidad y del Estado, la "responsabilidad" de proveer una mejor organización de los servicios sociales.

Por ello el sistema tutelar es un sistema cuyas respuestas se fundamentan en la autoabsolución del mundo de los adultos, en la no responsabilidad de los adultos frente a las llamadas conductas irregulares de los menores.

Bajo presión de dos nuevas consideraciones se inicia el cuestionamiento a la filosofía y a las prácticas anteriores. Estas dos nuevas consideraciones podrían ser resumidas de la siguiente manera:

1. La conducta irregular del menor es casi siempre consecuencia de las responsabilidades de los adultos: detrás de un menor que comete una falta, hay adultos que han fallado en sus deberes. Esta situación, como lo han demostrado muchas investigaciones de las Naciones Unidas sobre la desviación juvenil, tiene origen en la pobreza, incapacidad de los padres, falta de escuela y de trabajo, violencia en su vida, y sobre todo en el anonimato; la falta de identidad social del menor y la baja estima de sí mismo.
2. El menor tiene derechos propios y originarios desde su nacimiento, que los adultos, como individuos y como colectividad organizada, deben respetar para permitirle el desarrollo integral de su personalidad, aquel desarrollo que le puede brindar condiciones para ser ciudadano capaz de determinar de forma autónoma su propio destino y de concurrir responsablemente a la vida política y social.

La primera consideración lleva al traslado de la reparación a la prevención. El desarrollo de las ciencias sociales demuestra que no es posible hablar prioritariamente de causas y remedios individuales a la problemática de la desviación juvenil. La pretensión de sanar al menor sin hacer nada para modificar las condiciones del ambiente al que tenía que volver resultó seriamente cuestionada. La experiencia demostró que casi siempre el joven volvía a un contexto no preparado, encontraba las mismas dificultades que antes y en muy poco tiempo retomaba su "conducta irregular". Muchas doctrinas (incluyendo el interaccionismo simbólico) colocan la calidad de las relaciones sociales entre los factores de construcción de la identidad, en positivo y negativo. Ya no es posible sostener una intervención referida sólo al menor sin que al mismo tiempo no se intervenga sobre su contexto relacional.

Se toma conciencia de que las intervenciones reparadoras muy pocas veces son eficaces y producen un efecto de estigmatización (Labelling). También se constata que los costos de mantenimiento de las estructuras de control social (cárceles, instituciones, centros cerrados, de cualquier forma que sean denominados) son altísimos.

La inserción social, como conquista de una identidad individual positiva y socialmente reconocida, representa la mejor condición para evitar caer en la desviación. Quienes tienen mucho que perder, no se arriesgan a la violación de la regla social, como la hará aquél que no tiene nada que defender. Al mismo tiempo se calcula que las intervenciones preventivas cuestan por lo menos 10 veces menos que aquellas reparadoras. El concepto de prevención empieza a caminar, tanto en el sistema de la justicia penal, como en las áreas de los servicios sociales y de salud. Se desarrollan estudios sistémicos y se constata que el menor debe finalmente ser considerado, no como una unidad individual, sino como una unidad relacional, en cuanto es un componente de diferentes sistemas que influyen en su ser como individuo. El individuo ya no es definido por sí mismo, y de sí mismo, sino que es definido por la red de relaciones interpersonales que establece.

Las propuestas sistémicas han demostrado además que toda intervención, sea terapéutica o social, debe ser dirigida directamente al individuo y a su contexto relacional.

La categoría de sistema aplicada a la familia, por ejemplo, nos lleva a tomar en cuenta al menor conjuntamente con los demás componentes e integrantes de la familia, de tal forma que se pueda verificar donde está el nivel de disfunción, de pérdida del equilibrio. Aplicada al contexto social, nos remite al concepto de territorio, entendido como unidad organizada y participativa, que tiene la tarea de velar por los intereses primordiales de los ciudadanos. Aplicada al Estado, supone reconsiderar los programas y la administración de los recursos de tal forma que permita el desarrollo de todos los ciudadanos, a través de políticas sociales integrales, que contemplen el trabajo, la vivienda, la salud, la educación, la urbanística, el transporte, con específica referencia a las condiciones de desarrollo de los menores.

De esta forma, progresivamente se ha ido eliminando una conciencia diferente que en lugar de preocuparse por la desviación en sí misma,

se dedica a asegurar respuestas, al interior de la comunidad, a través del fortalecimiento de procesos de comprensión de su malestar y de la organización de una red de oportunidades para que el menor pueda realizarse como persona. Cada día más se intenta lograr su reinserción a través de su colaboración y no contra él y sin él. Así se ha ido consolidando la práctica de su desinstitucionalización y se han desarrollado técnicas de tratamiento en lugares abiertos.

La segunda consideración nos remite al traslado de la beneficencia a los derechos. Se toma consciencia que la asistencia a los niños es demasiado importante para dejarla a la filantropía y al voluntariado ocasional; en ningún caso esto significa excluir la posibilidad del voluntariado y de la solidaridad social, que son recursos importantísimos en cada sociedad. Significa que el Estado debe enfrentar el problema en un nivel político, organizando programas adecuados al desarrollo de los menores. Esto proviene de la consideración de que cada ciudadano tiene un valor en sí mismo como persona y que por lo tanto tiene el derecho al reconocimiento y a la garantía de todas las condiciones que son necesarias para su desarrollo.

Así, se pone en juego cada vez más el problema de la distribución de los recursos y el de la reducción de la complejidad social. Si ésta, en las sociedades caracterizadas por el neocorporativismo, está influenciada por el criterio de fuerza para la conquista de la mayor cantidad posible de recursos, existe el riesgo que se limiten aquellos disponibles para los más débiles. Como la de los menores es por definición una categoría social que no tiene poder económico, político, contractual, es necesario buscar formas nuevas y eficaces de agregación del consenso político a este tema, ya sea para definir sus derechos como para poder ofrecer una real satisfacción, ante todo, a través de la adopción de una prioridad financiera.

La doctrina jurídica, por su parte, empezó a interesarse en el derecho juvenil, comprobando la existencia de una serie de limitaciones técnicas, por ejemplo, que no están aseguradas las garantías fundamentales que pertenecen a todos los individuos. En este sentido, diversos instrumentos jurídicos internacionales han declarado que el menor debe gozar de los mismos derechos y garantías reconocidos a los demás ciudadanos.

De otra parte, los órganos de justicia empezaron a reconocer y a extender a los menores estas garantías. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la causa *Gault*, afirmó que pertenece al menor, en el proceso correccional, la garantía de derecho a la defensa.

Son éstas, algunas de las principales razones culturales que han favorecido la caída de la ilusión correccional. Este proceso político cultural que progresivamente se ha venido desarrollando, ha sido también, la fuente de muchas de las resoluciones de Naciones Unidas y de muchos otros instrumentos jurídicos internacionales y nacionales.

### La doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas.

Después de la primera carta de los derechos de los niños, documentos de diferentes organismos internacionales se ocuparon del tema, de forma que los derechos de los niños entran a formar parte de las categorías de los derechos humanos.

En 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó "las Reglas de BEIJING" en cuya primera regla se dispone que la administración de justicia de menores debe ser considerada como parte de un programa más amplio de bienestar de los jóvenes. En 1990 la misma Asamblea General aprueba tres importantes documentos relativos a los derechos de los niños privados de libertad, a la importancia de la prevención de la delincuencia de los menores en las estrategias de política criminal, y el uso instrumental de menores en acciones criminales.

Sin embargo, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el instrumento que define por primera vez el tema con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos.

Esta producción internacional es riquísima y sería demasiado pretencioso tratar de resumirla. No obstante, es posible recabar algunas importantes ideas que nos sirven de guía:

1. Se debe pensar al niño como sujeto de derechos, que, si bien no tiene la fuerza de hacerlos valer por ser menor de edad, es portador de derechos humanos originales.
2. La incapacidad de accionar sus derechos tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de protección social y jurídica.

3. Si comete infracciones a la ley penal relevantes, debe tener todos los derechos y garantías previstas para los adultos.
4. Si tiene que ser privado de su libertad, debe ser como último recurso y por un tiempo muy corto.
5. Se deben activar programas de prevención.

En el plano interno, los actos de diversos Estados han originado una abundante producción legislativa y también actividades administrativas que se fundamentan sobre el principio de igualdad, universalmente reconocido, y en cuya aplicación utilizan su propiedad inversa, por la cual frente a la desigualdad de condiciones, se deben por lo tanto, disponer intervenciones que compensen la situación desfavorable.

Es posible destacar algunos aspectos significativos de las tendencias evolutivas, inspiradas en una fundamental exigencia de clarificación y de correcta individualización de los poderes y de los derechos.

Un primer punto concierne a la protección de la infancia y de la adolescencia contenida en muchas constituciones. Superada la concepción filantrópica y caritativa, ésta asume un significado fuerte como deber, jurídicamente calificado, a cargo de los adultos que sean de cualquier manera responsables. Se viene clarificando cada vez más que esta protección se refiere a dos aspectos:

1. Protección social. Esta es una actividad dirigida a ofrecer las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad y la satisfacción de los derechos fundamentales de los sujetos en edad menor. Es una actividad fundamentalmente política, y la administración es el organismo encargado de realizarla con idóneos instrumentos y servicios, en cuya elección se ha venido progresivamente consolidando la intuición que estos tienen que favorecer el desarrollo de la persona en su ambiente de vida, limitándose al mínimo las intervenciones institucionalizantes y segregantes, y privilegiándose el apoyo a la familia y a la presencia de los servicios generales del Estado en los lugares de vida del menor. Esta tendencia lleva a valorar de forma muy positiva el papel de la comunidad local.

El problema más complejo a este propósito, es aquél de poder individualizar instrumentos que hagan eficaz el deber de realizar la protección social. Las diferentes legislaciones son poco propensas a prever

instrumentos específicos de carácter penal; por otro lado no es fácil ajustarlos técnicamente debido a su ámbito de discrecionalidad. Por lo tanto, algunas leyes más recientes y novedosas prevén sólo sanciones civiles, administrativas y morales. Otra posibilidad sería la de vincular por ley en el acta de presupuesto una cuota de los recursos asignados a las políticas sociales, a beneficio de las personas menores y de tercera edad. Una solución intermedia sería la de crear un organismo de control en la actuación de los derechos de los menores, con competencia más o menos amplia. Más en general sería positivo que los ciudadanos tuvieran más consciencia en apoyar y favorecer los programas sociales y su realización, para la actuación de los derechos inherentes a la protección de los sujetos menores de edad.

2. Protección jurídica. En tanto que la precedente concierne a una función de promoción en el desarrollo, ésta concierne eminentemente a una función de garantía. Los modernos Estados de Derecho atribuyen solamente a la función jurisdiccional el poder de incidir sobre los derechos subjetivos. Estos se refieren, ante todo, a los fundamentales como el derecho de libertad. Por lo tanto la colocación institucional de un niño o de un adolescente no puede ser dispuesta o autorizada sino por el poder judicial. Esto vale también cuando en el caso de intervenciones de protección social, se incide sobre el derecho de los padres a tener consigo al hijo y del hijo a estar con sus propios padres. Con mayor razón es necesaria la decisión jurisdiccional sobre el estado de abandono como antesala para la adopción, porque está implicado también el tema del derecho a la identidad familiar. En la línea de la efectividad de las garantías judiciales, se han desarrollado numerosas cautelas como aquella del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la reserva del recurso legal con el derecho de los padres a ser consultados en cualquier procedimiento. En la misma línea, se han venido individualizando órganos jurisdiccionales específicos y especializados de mayor o menor amplitud de competencia, la cual va desde los actos concernientes a las infracciones penales de los adolescentes, hasta aquellas en materia de familia (actualmente en Italia los tribunales para menores conocen de todas las cuestiones en materia de los derechos de los menores a excepción del divorcio, la separaciones y otras cuestiones de menos trascendencia).

Frente a la protección de los menores, las relaciones entre administración y jurisdicción han sido, en ocasiones desbalanceadas en un sentido o en otro. Por otra parte, ha habido una administrativización de la jurisdicción, en el sentido de que la autoridad administrativa se ha atribuido el poder de incidir sobre los derechos subjetivos (la relación entre padres e hijos y derechos de libertad en los casos de infracción penal). Por otra parte, se ha dado la jurisdiccionalización de la administración en el sentido de que se ha atribuido a los jueces un poder de control penetrante y también de sustitución, en los ámbitos típicos del poder administrativo, por cuanto son los concernientes a la protección social. Actualmente, sin perjuicio de un necesario proceso de desjudicialización lo más amplio posible, es general la orientación a favor de la distinción y autonomía de los dos poderes. Esto no es demasiado difícil porque la administración podría seguir conociendo de todas aquellas actividades que no conciernen expresamente a una cuestión de derecho subjetivo, los cuales son de competencia exclusiva del poder judicial. Esto no significa que no se presenten zonas intermedias, dirigibles en uno u otro sentido. Se trataría de selecciones técnicas de oportunidad que no pondrían en discusión los principios generales y las esferas de autonomía.

Un segundo punto sobre el cual la obra de clarificación ya ha producido resultados tangibles, es el referido a la relación entre punición, educación, infracción y reacción social, derecho penal y protección. En numerosos documentos internacionales se han llegado a afirmar los siguientes principios:

1. La mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. Los Estados pueden establecer un límite inferior de edad, pero sólo en ventaja del niño y en ningún caso en materia penal.
2. Se debe tener en cuenta la calidad y no la finalidad de la medida. Por lo tanto, el derecho de que la colocación institucional del adolescente infractor tenga que desarrollar una finalidad educativa de reeducación, de resocialización, de protección, o como se quiera llamar no elimina su naturaleza restrictiva de la libertad.
3. En caso de adolescentes infractores, la limitación de la libertad tiene que ser el último recurso, debe ser reducida al mínimo y tiene que ser definida en su duración, tanto como cuando es consecuencia de un

juicio, cuanto, y mucho más, en el caso de colocación cautelar por flagrancia. Esta última debería abarcar casos graves y establecerse por un periodo muy breve.

4. Se debe reconocer al menor todas las garantías y derechos de que gozan los adultos a quienes se les atribuye la comisión de una infracción penal. Pero adicionalmente al reconocimiento de estas garantías deben reconocérsele otras garantías derivadas de su condición de menor.
5. Es necesario quitar a la intervención cualquier ambigüedad que no sirva a la institución y confunda al joven; ayudar es ayudar, sancionar es sancionar. El joven infractor debe ser ayudado a confrontarse con las reglas sociales en situación de extrema claridad: debe ser ayudado a resolver sus problemas y conflictos con las normas sociales a través de instrumentos educativos y de responsabilidad. En casos en que fuese necesario, como por ejemplo aplacar su sentido de culpabilidad o para delimitar su delirio de omnipotencia, el menor podría ser sujeto a la limitación de la libertad como sanción clara y sin ambigüedad.

En todo caso, cualquier intervención debería asumir un carácter educativo y responsabilizante, no solamente al joven infractor, sino también a su contexto de vida, a fin de favorecer procesos de cambio positivo en su sistema relacional y social. La responsabilidad del menor y de su ambiente de vida y relación es la mejor alternativa frente a la punición y al paternalismo de la ideología correccional.

En la presente fase histórica, después de las declaraciones universales sobre los derechos de los niños y sobre la justicia minoril, se puede decir que la adecuación y la reforma del sistema de la justicia juvenil en cada país, no es sólo una opción, sino una obligación de los Estados que firmaron las convenciones internacionales. Si bien en este proceso de reforma se deben tener en cuenta las condiciones económicas, políticas y sociales de cada país, nunca estas condiciones podrán evitar la reforma de las legislaciones y de las organizaciones a la luz de las resoluciones supra nacionales.

**UNIDAD I: NUESTRA OPCION POR LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Hernández Alarcón, Christian “Comentarios al Decreto Legislativo 990 que modifica la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes referente al Pandillaje Pernicioso”

## Comentarios al Decreto Legislativo 990 que modifica la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes referente al Pandillaje Pernicioso

**Christian Hernández Alarcón**

Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Fiscal Adjunto Provincial Titular de Familia de Lima

**Ámbito material de la norma:** El Decreto Legislativo 990, modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, relativos a su capacidad y responsabilidad penal. Asimismo, regula de modo particular el concepto de pandilla perniciosa, define normativamente la infracción a la Ley Penal, diferenciando una forma de comisión leve y otra agravada, señala las medidas socioeducativas aplicables para los líderes y miembros de una Pandilla Perniciosa, otorgándole posibilidades de archivo al Fiscal de Familia frente al resarcimiento del daño y perdón del ofendido, dando facultades a los gobiernos locales y regionales para atender el gasto de implementación y ejecución de las medidas socioeducativas y de protección.

### La elevación de la edad de responsabilidad penal

En nuestro país en caso de infracción a la ley penal, de acuerdo al Código de los Niños y Adolescentes, el niño era sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas. Así, la responsabilidad penal se iniciaba con la adolescencia. Un acierto del DL 990 ha sido sin duda, elevar el límite inferior de la edad de intervención del Sistema de Responsabilidad Penal de los 12 a los 14 años, haciendo realidad una de las propuestas del CERIAJUS<sup>[1]</sup>.

Es de advertir, como ha referido Bustos Ramírez<sup>[2]</sup> que el límite inferior donde comienza la responsabilidad penal, debe ubicarse en relación a la obligación educativa del Estado, en razón de que sólo se puede exigir una respuesta de una persona, en la medida que se le ha brindado las bases de formación para tal capacidad de respuesta. En este sentido, aunque estamos lejos de conseguir el acceso de todos los niños a la educación básica y la tasa de deserción escolar alcanza a uno de cada 4 adolescentes entre 12 y 17 años,<sup>[3]</sup> la edad de responsabilidad penal fijada en los 14 años responde mejor a este criterio.

### La aplicación de medidas de protección para los menores de catorce años que cometen infracciones a la Ley Penal

La norma bajo comentario modificando el Artículo 4 de nuestro actual Código de los Niños y Adolescentes, señala que el niño o adolescente infractor menor de catorce años será pasible de medidas de protección previstas en el Código de los Niños y Adolescentes. Así, de acuerdo al Artículo 194 modificado por esta norma, de integrar una pandilla se le aplicará una medida de protección.

El sólo hecho de llamar "infractor" ya tiene una connotación peyorativa, con la que no estamos de acuerdo, pues a nadie se le ocurre mencionar la palabra "delincuente" en algún texto legal propio de la justicia de adultos.

No obstante, lo más peligroso que tiene esta norma es la posibilidad que tiene de encubrir una sanción penal, disfrazada de "medida de protección", pues el menor de 14 años, además de no ser considerado "infractor" al habersele excluido del Sistema de Responsabilidad Penal, tampoco puede ser pasible de una medida de protección sólo por esta razón o por la comisión de un hecho del cual no tiene responsabilidad penal, pues de haber un nexo causal entre la medida de protección y la infracción hay una sanción disfrazada de protección.

En este sentido, la norma bajo comentario refuerza, el error conceptual de nuestro actual Código de los Niños y Adolescentes, que subdivide a los niños y adolescentes pasibles de medidas de protección en dos grupos. El primero formado por los que han cometido infracción a la Ley Penal a quienes el Juez les puede aplicar las medidas de protección (Artículo 242) y el segundo formado por los que no habiendo cometido infracción a la Ley Penal se encuentran en alguna de las causales señaladas en el artículo 248 del citado Código, a quienes el MINDES puede aplicar alguna de las medidas de protección (Artículo 243) Medidas que dicho sea de paso, con la única excepción de la adopción son las mismas: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa, b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

Estamos de acuerdo que a los menores de 14 años, a quienes se les ha excluido del Sistema de Responsabilidad Penal, se les aplique una medida de protección; pero, no estamos de acuerdo en que dicha medida responda a la comisión de ilícito penal alguno, pues de lo contrario no se le estaría excluyendo del sistema de responsabilidad. Consideramos por ello, que para la razonable aplicación de alguna de las medidas de protección a un menor de catorce años que cometió infracción a la Ley Penal, debe encontrarse éste también dentro de alguna de las causales que justifiquen y fundamenten dicha protección, como por ejemplo, que sea expósito, que carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación y las demás señaladas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, no siendo suficiente la acreditación de la comisión de la infracción a la Ley Penal.

### La definición de Pandilla Perniciosa

El Estado dentro de una lógica absolutamente represiva y lejos de entender y actuar frente a las condiciones que generan las expresiones de violencia juvenil, se enmarca en la misma línea del criticado Decreto Legislativo 899 de fines de los 90, reforzando una respuesta exclusivamente penal, sobre criminalizadora (aumento de conductas delictivas) y sobre penalizadora (incremento de las sanciones). De este modo el Estado le da gusto a la gente, que siempre pide mano dura y más sanciones e insiste en el camino del fracaso, de los últimos años. El resultado es predecible, dentro de un tiempo más, la percepción de incremento de la violencia se hará nuevamente latente y frente al fracaso de la Ley el Estado nuevamente incrementará las sanciones persistiendo en el error. ¿Por qué? Simple. Es más barato cambiar la ley e incrementar las sanciones que invertir en la realidad y atacar las causas de la violencia: falta de educación, salud, empleo y en suma de futuro, para los jóvenes. ¿Cuándo entenderá nuestro Estado que la inversión en la prevención es inversión y no gasto?

De otro lado, con esta política intervencionista, se traslada la responsabilidad de la seguridad a los agentes estatales: Ministerio Público, Poder Judicial y Policía Nacional, pues el Estado ya "resolvió dando la Ley", incrementando el descrédito de éstas instituciones ante la Opinión Pública, cuando por la falta de recursos, por su ineficiencia o por el desborde de una problemática de dimensión estructural no puedan darle al ciudadano, la sensación de seguridad que nunca tuvo ni mucho menos tendrá por ausencia de una política pública integral.

Así, el artículo 193 del Código de los Niños y Adolescentes modificado por el Decreto Legislativo 990, conceptualiza a una pandilla perniciosa como aquel grupo de adolescentes mayores de 12 y menores de 18 años, que se reúnen y actúan en forma conjunta para lesionar la integridad física o atentar contra la vida, el patrimonio y la libertad sexual de las personas, dañar bienes público o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden público<sup>[4]</sup>.

Como puede apreciarse, aunque se ha mejorado la redacción del concepto de pandillaje pernicioso, eliminándose la alusión que se hacía a la agresión de terceras personas, como si no fueran actos de pandillaje la agresión mutua entre una pandilla y otra y se ha reemplazado la alusión al orden interno por el orden público, la norma no trae mayor novedad persistiendo mas bien en la deficiencia

congénita, de formar parte de una visión político criminal errónea.

### **La Infracción a la Ley Penal de Pandillaje Pernicioso**

La norma bajo comentario, configura el tipo penal de pandillaje pernicioso, como un tipo autónomo, cometido únicamente por adolescentes, lo cual es ya discutible desde el punto de vista constitucional, pues la configuración de la figura penal para los adultos, debe ser completada a partir de la norma dada para los adolescentes, pese a que con la modificación del Artículo 148 A del Código Penal, también reprime la participación además de la instigación e inducción.

Conforme al Artículo 194 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la norma bajo comentario el adolescente que integrando un pandilla pernicioso lesione la integridad física de las personas, atente contra el patrimonio, cometa violación contra la libertad sexual o dañe los bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, será pasible de medidas de protección si es menor de 14 años, y de la medida socioeducativa de internamiento, no mayor de 4 años si tiene entre los 14 y 16 años no cumplidos: Asimismo, si tiene entre los 16 a los 18 años no cumplidos, la medida de internamiento será no mayor de seis años.

Como es de apreciarse, se ha eliminado la referencia errada a la violación de menores de edad, como único atentado contra la libertad sexual que se podía cometer la "pandilla", eliminándose también la referencia a la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, que era considerado por la redacción anterior como elemento de configuración típica, desconociendo su carácter eximente o atenuante de responsabilidad penal aplicado en el caso de adultos conforme al artículo 20 y 21 del Código Penal.

En los demás elementos el pandillaje reproduce su configuración inicial, de tipo abierto que en realidad no describe una conducta delictiva distinta a las ya reguladas en la legislación penal, constituyéndose en una mezcla o conglomerado de tipos penales que buscan proteger distintos bienes jurídicos entre los que destacan la integridad física, el patrimonio y la libertad sexual. No obstante, creemos que la tipificación al tratar de ser omnicompreensiva deja muchos flancos abiertos, peligros latentes tanto de impunidad como de arbitrariedad. Un botón, como muestra es por ejemplo la violación contra la libertad sexual, donde se ha dejando de lado los actos contrarios al pudor que aunque se encuentran dentro del mismo bien jurídico, no están comprendidos dentro del pandillaje pernicioso.

Por otro lado, la norma agrava el tipo simple descrito en la legislación anterior, de tres a seis años, agravando al mismo tiempo el límite de 3 años fijado por el artículo 235 del Código de los Niños y Adolescentes para el resto de infracciones a la Ley Penal estableciendo como nuevo límite los 6 años. No cabe duda a estas alturas de este comentario, que los principios informadores de esta reforma están cada día más lejos de los fines genuinos de reinserción social de los adolescentes infractores, y de su interés superior, dejando al descubierto su corte esencialmente retributivo y defensivo social, carente de toda finalidad trascendente.

Por otro lado, la aparente justificación del incremento de la criminalidad juvenil no tiene ningún asidero fáctico pues por ejemplo el recientemente publicado informe 123 de la Defensoría el Pueblo, en la estadística que recoge de la PNP de adolescentes internados por pandillaje pernicioso sólo alcanzan el 3, 1% del total de adolescentes internos en el país<sup>[5]</sup>, lo que pone en evidencia que el pandillaje pernicioso no es la causa más frecuente de internamiento de un adolescente, ni tampoco de tipificación por parte de los operadores por los problemas de prueba que implica tener que acreditar la preexistencia de una organización estructurada y con identidad propia (pandilla) la acreditación de la pertenencia del adolescente a dicha organización y la determinación de su responsabilidad personal dentro del resultado o la afectación concreta de algún bien jurídico protegido, ocasionado por el actuar conjunto.<sup>[6]</sup>

### **La Infracción Leve**

El artículo 194 A incorporado por la norma bajo comentario, pretende, diferenciar los daños ocurridos en la propiedad pública o privada, con la utilización de armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, donde la sanción máxima es de 6 años, de los daños ocurridos en el patrimonio público o privado donde no se utilicen estos elementos donde la sanción es de servicios a la comunidad, máximo por seis meses.

Creemos que esta diferenciación, es en primer lugar ingenua, pues es difícil, por no decir imposible que se produzcan daños en la propiedad pública o privada, en el contexto de una pandilla pernicioso sin que se utilicen elementos contundentes. Por otro lado, el juez no es un ejecutor automática encorsetado en las normas. Por lo tanto, el límite máximo de seis meses de prestación de servicios a la comunidad permite la aplicación de una medida socio educativa por un plazo menor, del mismo modo que en el caso del Artículo 194, se puede aplicar una medida socio educativa distinta a la de internamiento, si las circunstancias valoradas en la comisión del hecho concreto lo justifican.

### **La Infracción Agravada y las medidas para los cabecillas**

La norma prevé sanciones agravadas, en el caso de que como consecuencia de los actos de pandillaje descritos en el artículo 194 del Código de los Niños y Adolescentes, se causara la muerte, o se infringieran lesiones graves a terceros o si la víctima de violación contra la libertad sexual fuese menor de edad o discapacitada, estableciendo junto a las medidas de protección para el adolescente menor de 14 años, la aplicación de la medida socio educativa de internamiento no menor de 3 ni mayor de 5 años, si el adolescente tiene entre 14 y 16 años de edad y no menor de 4 ni mayor de 6 años si el adolescente tiene entre 16 y 18 años de edad. En este sentido, aunque la norma diferencia la aplicación de la medida socioeducativa en dos grupos etáreos, impide la aplicación de otra medida socio educativa distinta al internamiento, hecho que a todas luces contraviene el artículo 40, 1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, pues no respeta el derecho de los adolescentes a ser tratados de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad, ni mucho menos fortalece la importancia de promover su reintegración y la necesidad de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. En este sentido no supera las observaciones que ha efectuado el Comité de Derechos Humanos del 14 de marzo del 2006, CRC/CPER/CO/3, que denuncia la falta de armonía entre la regulación del pandillaje pernicioso en nuestro país con la Convención.

### **Del archivamiento del caso por parte del fiscal**

El artículo 206 A, introducido por el Decreto Legislativo 990, señala que el Fiscal podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la Ley Penal no reviste gravedad y el adolescente hubiese obtenido el perdón del agraviado por habersele resarcido el daño.

A la posibilidad de archivo de los actuados por parte del fiscal, por remisión siempre que el adolescente y sus padres se comprometan a seguir programas de orientación y la infracción a la Ley Penal no revista gravedad, se ha agregado este artículo que podríamos denominar "archivo por conciliación, mediación o por acuerdo", que es totalmente distinto a la remisión donde conforme a la regulación de los artículos 223 y siguientes de nuestro Código de los Niños y Adolescentes busca la decisión motivada de un fiscal o juez de excluirlo del proceso penal que se puede instaurar en su contra o de separarlo para evitar los efectos negativos que le pueden causar. El otorgamiento de la remisión implica la valoración de parte de estas autoridades de un lado, de la gravedad de la infracción a la Ley Penal, sus antecedentes y su medio familiar y de otro lado la existencia de elementos suficientes que sustentan una causa probable en su contra, pues de lo contrario se estaría vulnerando su presunción de inocencia y debería preferirse por la no formulación de la denuncia fiscal o la absolución de acuerdo a si la decisión es tomada por el fiscal y por el juez.<sup>[7]</sup>

Por su parte, en el caso del archivo por perdón del agraviado, debe destacarse que no hay necesidad de remitir al adolescente a algún

programa de orientación, pues es suficiente el perdón del agraviado, para lo cual el adolescente previamente debe reconocer la comisión de la infracción cometida.

Apreciando, esta norma, con prudente optimismo, podríamos decir que se ha incluido la mediación en la Justicia Penal Juvenil, teniendo la posibilidad el adolescente y el agraviado de verse cara a cara, buscando una solución al conflicto generado por la comisión del ilícito penal. El reto es lograr en este camino el equilibrio necesario entre el componente educativo a favor de un adolescente que se le excluye del proceso penal para no estigmatizarlo, con la búsqueda de la satisfacción de la víctima, donde el peligro mayor es que este mecanismo se convierta en un asunto exclusivamente económico donde el que tiene más compere su impunidad y el que no tiene nada, no logre la reparación ni la reconciliación con el agraviado y con la sociedad. Cobra en este sentido gran relevancia la responsabilidad de los fiscales de familia que deberán buscar otros mecanismos de compensación y restauración del daño distintos al pecuniario, a fin de lograr este restablecimiento de la paz social entre el agraviado, la comunidad y el adolescente, como por ejemplo la realización de prestaciones de hacer o la aceptación del compromiso del adolescente de no cometer el mismo error si para el agraviado es suficiente. Ahora bien, de no lograrse el acuerdo entre la víctima y el agresor pensamos que el Fiscal de considerar que el caso no debe ingresar al Sistema Penal, puede recurrir a la remisión cuando la negativa del agraviado para aceptar la reparación dialogada con el adolescente no sea razonable y se pueda evitar los efectos negativos de su ingreso en el sistema penal, recurriendo a los programas de orientación propios de la institución de la Remisión regulada en el artículo 206 de nuestro Código de los Niños.

Cabe señalar que la consideración de la poca gravedad en la comisión de la infracción a la ley Penal, en la Justicia Penal Juvenil debe ser entendida maximizando sus alcances, con la finalidad de incluir la mayor cantidad de casos dentro de las posibilidades de mediación que la nueva norma permite. En este sentido, de la interpretación sistemática de los artículos 202 y 201 del Código de los Niños y Adolescentes podemos concluir que las infracciones de poca gravedad son todas aquellas que en teoría permitirían a la Policía hacer la entrega del adolescente a su padres o responsables, previa verificación domiciliaria, es decir todas aquellas en las que no hay violencia ni grave amenaza en la comisión de la infracción a la Ley Penal, lo que amerita que sean conducidos al Fiscal.

Con esta interpretación se puede hacer frente desde la línea de la justicia a los peligros de esta legislación en términos generales represiva, buscando la mediación como la posibilidad más viable para la solución de los problemas derivados de la trasgresión de las normas en el caso de los adolescentes.

**Estructura de la norma:** La Ley se compone de tres artículos, dos disposiciones complementarias finales y una disposición complementaria derogatoria.

**Destinatario de la norma:** Los adolescentes y todos los operadores del Sistema de Justicia Penal Juvenil, involucrando además a los gobiernos regionales y locales que podrán destinar sus recursos para la implementación de las medidas socioeducativas y las de protección aplicables a los niños y adolescentes en sus respectivas jurisdicciones territoriales.

**Vigencia:** La norma rige desde el día siguiente de su publicación. No obstante establece un plazo de 60 días para la reglamentación mediante decreto supremo refrendado por los Ministerios de Justicia y de la Mujer.

**Efecto normativo:** Modifica los artículos IV del Título Preliminar y los artículos 184, 193, 194, 195, 196, y 235 del Código de los Niños y Adolescentes, e incorpora los artículos 194 A y 206 A en el citado cuerpo de leyes.

[1] Proyecto 10 de Modificaciones al Código del Niño y el Adolescente, del CERIAJUS "Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia en . <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/inicio.htm>.

[2] BUSTOS RAMIREZ, Juan "Imputabilidad y Edad Penal", Revista Guatemalteca de Ciencias Penales Año 6, N 8, Abril de 1998 p 130

[3] Observación Final 6.d del Exámen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención, realizada por el Comité de los Derechos del Niño, en su 41 período de sesiones, el 27 de enero del 2006.

[4] Consideramos, que el cambio ha sido acertado, pues el orden público, es la institución jurídico social de nivel constitucional que garantiza el equilibrio y la paz social dentro del Estado, el cual se encuentra caracterizado por cuatro elementos: la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y la moralidad pública, que cuando son aplicadas a nivel local se denominan seguridad ciudadana. En puridad, entonces el pandillaje afecta la seguridad ciudadana y por ende el orden público. La diferencia s de estos conceptos se puede encontrar de modo sencillo en la Cartilla Policial "Doctrina Policial, orden interno, orden público y seguridad ciudadana", publicada mediante resolución de la Dirección Nacional de la Policía Nacional 008-2007-DIRGEN/DIRPASEC del 10 de enero del 2007.

[5] La Situación de los Adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad (supervisión de los centros juveniles 2007) Informe Defensorial 123.

[6] En nuestra tesis por ejemplo, del total de 64 expediente revisados en el año 2005, no hemos encontrado ningún expediente con sentencia condenatoria por pandillaje pernicioso. El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, Tesis de Maestría UNMSM, diciembre 2006

[7] Lo dicho pese a que el artículo 224 del Código de los Niños y Adolescentes, señala que la aceptación de la remisión no implica el reconocimiento de la infracción a la Ley Penal ni genera antecedentes, pues lo que se trata es que no se aprovecha la ventaja de este tipo de archivo para encubrir la falta de eficiencia en la investigación por parte del fiscal en la acreditación buscándose ante esta ineficacia la aceptación de la remisión, la aceptación de una sanción disfrazada.

**UNIDAD I: NUESTRA OPCION POR LA JUSTICIA  
RESTAURATIVA**

Beloff Mary “Los Adolescentes y el Sistema Penal” Revista  
Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Año 6,  
N° 1, 2005, páginas 97-122

# Los adolescentes y el sistema penal.

## Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual\*

Mary Beloff •

### 1. Algunas precisiones sobre la perspectiva

“Así pues, desde este punto de vista, sería bueno que perdiéramos el monopolio de ser lo que Kant una vez irónicamente denominó ‘pensadores profesionales’. Podemos empezar preguntándonos qué significa el pensar para la actividad de actuar. Admitiré algo: básicamente, estoy interesada en comprender. Esto es totalmente cierto. Admito también que hay otra gente que está principalmente interesada en hacer algo. Yo no, yo puedo vivir perfectamente sin hacer nada. Pero no puedo vivir sin tratar como mínimo de comprender cuanto ocurre. (...)”

He actuado pocas veces en mi vida, y cuando no pude evitarlo. Pero no constituye mi impulso principal. Y todas las lagunas que se puedan derivar de este hecho las aceptaré casi sin discutir, porque pienso que es muy probable que existan.” ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*.

El Prof. Dr. Daniel Pastor comenzaba su excelente presentación en el seminario en el cual este trabajo fue discutido afirmando: “El derecho es arte y cultura. Arte rudimentario y cultura menor, pero arte y cultura al fin (...).”<sup>1</sup>

Me permito, con el permiso del autor —a la sazón colega y amigo—, recordar la optimista concepción del derecho que se refleja en el comienzo de su disertación —la que, paradójicamente, nos relató la historia de un fracaso escandaloso—, a fin de advertir a los lectores, de entrada, respecto de la perspectiva que se adoptará en este trabajo para discutir qué arreglos institucionales deberían organizar la respuesta social (no quiero en este punto decir estatal, por razones que luego se comprenderán mejor) cuando una persona que tiene menos de dieciocho años de edad<sup>2</sup> es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Retomo la afirmación de Pastor y agrego, aún a riesgo de ser obvia: el derecho es también —probablemente antes que arte y que cultura— poder. En la perspectiva que para la discusión aquí se propone, el derecho es acción política.

Hannah Arendt puede ayudarme a aclarar la perspectiva que inspira este ensayo, también a pesar suyo:

“Esta necesidad de comprender es mucho más fuerte en mí de lo que, por supuesto, es habitual entre los teóricos de la política, con su necesidad de unir acción y

---

\* Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002.

• Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

1. Ponencia leída el 15 de mayo de 2002 en el mismo Seminario, publicada en PASTOR, Daniel, *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, págs. 223/248.

2. Se trata de la definición de niño del art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

pensamiento. Porque ellos quieren actuar. Pero precisamente creo que entendí algo acerca de la acción porque la contemplé, mas o menos, desde fuera.

(...)

*C.B.Macpherson:* Miss Arendt, ¿está afirmando realmente que es incompatible ser teórico de la política y estar comprometido? ¡Seguro que no!

Arendt: No, pero se está en lo cierto cuando se afirma que pensar y actuar son cosas distintas, hasta el punto de que, si se desea pensar, hay que retirarse del mundo.

*C.B.Macpherson:* Pero para un teórico de la política, para un maestro y para un escritor de teoría política, enseñar o teorizar es actuar.

Arendt: Enseñar y escribir son algo más que pensar. El pensar en sentido estricto es distinto; en esto Aristóteles tenía razón [...] Todos los filósofos modernos tienen, en alguna parte de su obra, una frase algo apologética que reza como sigue: ‘Pensar es también actuar’. ¡Oh, no, no lo es! Y afirmar tal cosa tiene algo de deshonesto. Quiero decir, enfrentémonos a los hechos: ¡no es lo mismo! Al contrario, para pensar debo mantenerme alejada de la participación y del compromiso.”<sup>3</sup>

En lo que sigue se presentan algunos elementos para **comprender** qué se discute cuando se plantea mediáticamente la rebaja de la edad de imputabilidad y qué se debería discutir desde una perspectiva enmarcada en lo que en nuestro contexto jurídico-cultural se comprende por “garantismo”, orientada a la reducción de la violencia y construida a partir de los más elementales estándares de protección de derechos humanos, sobre la base de la experiencia latinoamericana.

## **2. Breve relato sobre el origen de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos**

Un proceso singular ha tenido lugar en América Latina en la última década en el campo de la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se trata del proceso de adecuación del orden jurídico de cada país a las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este proceso ha sido ampliamente descrito,<sup>4</sup> razón por la cual, a los fines del presente trabajo, sólo me limitaré a afirmar que estas leyes se propusieron de formas diferentes construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Ese fue el objetivo y al mismo tiempo el límite de la reforma.

El proceso es singular por varias razones. En primer lugar porque se inspiró en la reforma legal ocurrida en Brasil, que había modificado la forma de producción de las leyes para niños. En ese país, el Estatuto del Niño y del Adolescente no fue pensado y elaborado por “expertos” del llamado entonces “derecho de menores” —lo que sea que

---

3. ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona, 1995, págs. 140-141.

4. Cfr. GARCÍA M., E. y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Depalma, Bogotá, 1998. Hay una segunda edición aumentada y actualizada, Temis, Bogotá, 1999; y una 3ra. ed. aumentada y actualizada, Temis, Bogotá, 2004.

ello haya querido significar en su momento, tema ajeno a este trabajo—, sino que fue producido por los actores comprometidos con la infancia a nivel nacional, fueran éstos miembros de organizaciones de base, de organizaciones de profesionales o de trabajadores, funcionarios públicos, juristas, médicos, trabajadores sociales o cualquier otro interesado. En un ejercicio concreto de aplicación directa del art. 12 de la Convención Internacional, tanto en Brasil como en otros países, también los niños participaron de este proceso en el plano legislativo<sup>5</sup>. En este sentido, si bien aún no ha sido suficientemente estudiado y sistematizado, puede decirse que el proceso fue original porque intentó —por lo menos en su origen— producir las leyes de un modo diferente, más democrático<sup>6</sup>.

En segundo lugar, la originalidad del proceso radica en el contenido de las nuevas leyes, que se elaboraron con el objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado en la reforma legal, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Ese fue el objetivo y al mismo tiempo el límite de la reforma.

No se partió de esquemas teóricos prefabricados, ni se copiaron sistemas legales de otras latitudes<sup>7</sup>. La academia jurídico-penal —si algo así existe en nuestra región— permaneció al margen de este proceso de reformas legales<sup>8</sup> del mismo modo que tradicionalmente había dejado fuera de su objeto de estudio a los “menores”, más allá de alguna esporádica y perdida denuncia sobre las injusticias del sistema tutelar. Así,

---

5. El caso paradigmático fue el de la movilización de miles de niños y niñas de la calle en Brasil, organizados en el *Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, a favor de la inclusión de dos enmiendas constitucionales referidas a la infancia primero, y a favor de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente después. Sobre el proceso de reforma legal en Brasil ver, entre otros, SEDA, Edson, *Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil*, en *Infancia ...*, op. cit., págs. 239 y siguientes del Tomo 1 de la 2da. ed.

6. No constituye tampoco un dato casual que estos procesos de reformas legales hayan tenido lugar, en la mayor parte de los países, al mismo tiempo que se daban los procesos de reforma de la justicia penal, todo ello en el marco de los procesos de transición y/o consolidación democráticas. Sobre este punto y sobre las similitudes entre los procesos dirigidos a superar el modelo tutelar con los dirigidos a superar el modelo inquisitivo en la justicia penal, ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Capítulo 1. Allí se afirma, en relación con este tema: “Esta función del juez de menores y, en general, la lógica tutelar o ‘de la situación irregular’ tuvieron gran acogida en América Latina y se articularon perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina tutelar o ‘de la situación irregular’ se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona: el juez (padre/acusador/ defensor/decisor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla y como pena en sentido material (bajo el nombre de medida de internamiento o de prisión preventiva), en suma, el desconocimiento de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas son de difícil -si no imposible- compatibilización, desde el punto de vista jurídico, con el Estado de Derecho, y por ello, además de por su absoluta ineficiencia, se encuentran en crisis y en proceso de transformación en las democracias latinoamericanas, del mismo modo que la justicia penal en su conjunto”.

7. Esto explica que algunas leyes, sobre todo las elaboradas al comienzo de la década del ‘90, revelen algunos problemas serios de técnica legislativa.

8. Una excepción es Costa Rica, país en el que destacados juristas y, en particular, los penalistas, participaron del proceso de reforma legal en materia de infancia y juventud.

Latinoamérica fue construyendo sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años con modelos propios que se fueron corrigiendo a medida que otros países aprobaban nuevas leyes y recogían los aciertos y errores de los que ya habían recorrido ese camino<sup>9</sup>. Todavía hoy los principales actores de estas reformas, en los diferentes países, no tienen cabal conciencia ni de la originalidad ni de la dimensión continental de este proceso, a punto tal que les genera perplejidad la situación comparativa en la que, estrictamente en el plano teórico y legal, se encuentran algunos países de Europa continental<sup>10</sup>.

Probablemente ni los redactores de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) ni los funcionarios nacionales encargados de su ratificación previeron el intenso uso que de ella hicieron y continúan haciendo todos aquellos preocupados por la efectiva vigencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región latinoamericana. La convicción de que, en este terreno, la reforma legal era condición necesaria —aunque no suficiente— para provocar el cambio social no es un dato irrelevante en un continente que operó al margen de la legalidad por décadas. Más previsible era que la apropiación y la decodificación que se hiciera de este tratado continuaran con las prácticas asistencialistas y tutelares tradicionales.<sup>11</sup> Se debe estar advertido, no obstante, de que esta concepción se resiste a retirarse a la vitrina de algún museo,<sup>12</sup> como se explicará más adelante.

En diez años la mayoría de los países de América Latina —con excepción de Argentina, México y Chile— han abandonado, con mayor o menor claridad conceptual, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y han creado, también con mayor o menor acierto —ya sea en la letra de la ley, ya sea en su implementación—, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia.

---

9. Adviértase en este sentido una diferencia sustancial con el proceso de reforma de la justicia penal, en particular de los códigos procesales penales —proceso dirigido a superar el sistema inquisitivo—, que fue lanzado a partir de la elaboración del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, redactado entre otros especialistas por Julio Maier a fines de la década del '80.

10. Conviene insistir en que esta afirmación no se refiere a la existencia de programas concretos eficaces para jóvenes infractores de la ley penal, que existen en abundancia en los países de Europa Occidental.

11. Esto me recuerda un taller que se realizó en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati, País Vasco, en julio de 1999. Se discutía la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; sin embargo, algunos participantes no interpretaban la reforma legal como condición necesaria —aunque no suficiente— para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención. De hecho, subestimaban la importancia de la reforma legal, a la que consideraban algo “teórico”, ajeno a la discusión sobre la implementación de la Convención, en manifiesto desconocimiento de la propia Convención que prescribe que los Estados deberán adoptar “todas las medidas”, incluidas **expresamente** las legales, para hacer efectivos los derechos reconocidos por el tratado.

12. No es exagerada ni injusta con el sistema tutelar esta frase. Como se ha señalado hasta el cansancio en relación con la ley tutelar argentina —la 10.903 o ley Agote, en honor a su redactor e impulsor—, esta ley nunca fue “buena”. Hoy vemos los museos de la inquisición como museos del horror; sin embargo, tal como Julio MAIER explica claramente, la inquisición en su momento fue una reacción que pretendía introducir racionalidad, humanidad y, si se quiere, algún criterio de justicia aceptable para la época, al modo en el que se resolvían los conflictos que hoy entendemos como conflictos penales. De otro modo difícilmente se hubiera constituido en la forma por excelencia de entender y organizar la reacción estatal frente a esos conflictos a lo largo de casi quinientos años. Cfr. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 288 y siguientes.

Dentro del proceso más amplio de adecuación de todo el derecho interno a la CDN, la creación de sistemas de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años de edad—que aquí se llaman sistemas de justicia juvenil—ocupa un lugar central, a tal punto que algunos países optaron por dictar, exclusivamente, leyes que se refieren a este tema<sup>13</sup>.

Anclados en los principios del derecho penal mínimo<sup>14</sup>, estos sistemas asumen que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta pero que también es a veces violento el delito —aquél que justificará la puesta en marcha del dispositivo estatal—, por lo que una respuesta estatal penal a la imputación de un delito a un menor de edad sólo será admisible en aquellos casos en los que la puesta en marcha del sistema de justicia especial evite violencias mayores que las que ocurrirían en caso de no tener lugar la solución penal<sup>15</sup>—expresada bajo la forma de un proceso y una consecuencia jurídica llamada pena, medida a secas o medida socioeducativa, como se prefiera—. Se trata por ejemplo de los casos de bagatela.

Desde un punto de vista criminológico, la concepción de la desviación que parece inspirar a los nuevos sistema de justicia juvenil refleja aquélla de los instrumentos internacionales. Entre ellos, en particular, de las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh)<sup>16</sup>. Al comparar estas directrices con las Reglas de Beijing, resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores en cinco años a las Directrices). En efecto, en las primeras se abandona la idea de que el comportamiento desviado<sup>17</sup> tiene estatus ontológico. Para estas Directrices, como para la criminología moderna en general, la desviación es una categoría socialmente construida; por lo que sólo se puede hablar de niños o adolescentes infractores de la ley penal cuando se habla de aquellos a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un ilícito penal luego de un juicio en el que se respeten todas las garantías individuales reconocidas por las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales.

---

13. Se trata de El Salvador, Costa Rica y Panamá; y los proyectos y anteproyectos de Argentina, Colombia y Chile. Sobre los riesgos de adecuar el derecho interno del país sólo a los artículos de la Convención Internacional referidos a los jóvenes que cometen delitos, ver BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004)* en *Infancia ...*, op. cit.

14. Véase por ejemplo el comentario a las Orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing —las que, por cierto, no son ni las más modernas ni las más garantistas—: “Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida de lo posible, lo que permitiría **reducir al mínimo** el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, **reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención** (...)”—el resaltado me pertenece—.

15. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

16. Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/45/756)] en la sexagésima octava sesión plenaria, celebrada el 14 de diciembre de 1990.

17. En especial en la Directriz 5, incisos b), e) y f), que establecen que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en leyes, procesos, instituciones, instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien; también reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; y la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

### 3. Breve descripción del régimen que se aplica en la Argentina

El sistema que se aplica en la Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras: no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal.

Tanto la práctica como la mera letra de las leyes sobre las que se monta este dispositivo penal-tutelar están reñidas con la Constitución Nacional (que incluye desde 1994 la Convención Internacional sobre Derechos del Niño —art. 75 inc. 22—).

Así, la ley n° 22.278/22.803 establece que las personas que no hayan cumplido dieciséis años de edad al momento de cometer un ilícito **no son punibles**. Tampoco lo son quienes no hayan cumplido dieciocho años de edad, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (art. 1).

Nótese que la ley no establece que los menores de edad sean “inimputables” sino “no punibles”, lo que sin forzar el texto legal puede ser interpretado en el sentido de que al menor que se encuentre en esa situación no se le aplicará una pena; pero no necesariamente que sea penalmente irresponsable —aunque éste sea el presupuesto teórico para la exclusión de pena—. En la práctica generalizada, los menores de dieciséis años son declarados inimputables y sobreseídos.

Ahora bien, si esos menores no punibles —menores de dieciséis años— se encuentran en alguno de los supuestos contemplados por la ley como abandono, falta de asistencia, peligro moral o material, o problemas de conducta, el juez puede “disponer” definitivamente de ellos, disposición que en muchos casos de niños o jóvenes sin familia o pertenecientes a los sectores sociales más desaventajados puede implicar una privación de libertad.

Por otro lado, entre los dieciséis y los dieciocho años existe un sistema especial según el cual si un joven comprendido en esas edades comete un delito es punible —o sea, se le aplicará una pena— siempre que:

- 1) haya sido declarada su responsabilidad penal conforme las normas procesales;
- 2) haya cumplido dieciocho años de edad; y
- 3) haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Sin embargo, el tribunal tiene la facultad de aplicar la pena, de reducirla según las reglas previstas para la tentativa de los delitos o bien, no aplicarla del todo, según los resultados del tratamiento tutelar y de su propia impresión.<sup>18</sup>

Si bien es posible dentro de ciertos límites realizar una interpretación garantista de estas leyes que respetara derechos fundamentales de los menores de edad sometidos a estos procesos penales tutelares, la necesidad de reformar estas leyes es evidente y urgente.<sup>19</sup>

---

18. Arts. 1, 2 y 4 del Régimen Penal de la Minoridad (Ley Nro. 22.278 modificada por Ley 22.803).

19. Para un análisis de estas leyes ver entre otros BELOFF, Mary, *Niños y jóvenes: los olvidados de siempre*, en *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Maier, Julio B. J. (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 243/264; y BELOFF, Mary y MESTRES, José Luis, *Los recursos en la justicia de menores*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. ed. actualizada 2003.

#### 4. Presupuestos para la construcción del nuevo sistema

La construcción de la respuesta legal latinoamericana a los delitos cometidos por adolescentes que aquí se analiza ha partido de algunas constataciones empíricas y de otras normativas.

Desde el punto de vista empírico es un dato que hay personas menores de dieciocho años de edad que cometen delitos. No son la regla, no son la mayoría, pero los casos existen y la sociedad no es indiferente a ellos. Algunas veces, esporádicas, excepcionales, ocurre también que personas menores de dieciocho años cometen delitos graves<sup>20</sup>; la indiferencia, si en algún otro caso leve puede estar presente, desaparece por completo y generalmente ocupan su lugar los reclamos por mayores penas hacia los autores jóvenes, que se traducen, casi sin excepción, en solicitar su juzgamiento y castigo según las pautas del derecho penal de adultos. En el lenguaje de los medios masivos de comunicación social, este reclamo se expresa en la necesidad de “bajar la edad de imputabilidad” para combatir el delito juvenil. Este discurso es también asumido por funcionarios, por políticos y por “expertos”, quienes por no conocer o, en algún caso, por no querer, ignoran o soslayan las complejidades que el tema presenta tanto en términos prácticos como en términos conceptuales.

Frente a esa circunstancia fáctica, las normas internacionales proporcionan el piso mínimo sobre el que se debe montar la respuesta estatal en relación con este tema. Así, la respuesta surge del mandato obligatorio emanado de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en general, de todas las normas internacionales relacionadas con la justicia juvenil<sup>21</sup>. Como se explicó al comienzo, la mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la adecuación de su derecho a las prescripciones de la Convención, a la que se debe complementar con todas las normas internacionales convencionales y no convencionales, regionales y universales, que provean elementos para configurar estos nuevos sistemas, sobre todo porque la Convención se caracteriza por un alto grado de ambigüedad en muchos temas.

#### 5. Sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes

Las personas menores de dieciocho años de edad —los niños según el tratado que se comenta— son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas —la CDN incluye tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales—. Como sujetos de derecho, los niños son también sujetos de ciertas obligaciones.

De aquí se ha construido —a veces con alguna confusión— la idea de que estos sistemas de respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes son “sistemas de **responsabilidad** penal juvenil.” En mi opinión, la cuestión se reduce a señalar que, a partir de la CDN —y éste sí es un punto de inflexión, no como en otros temas tales como el respeto de todos los derechos aún en sistemas de protección—, la condición de sujeto de

---

20. La ausencia de estadísticas rigurosas que corroboren la histeria social vinculada con la delincuencia juvenil ha sido reiteradamente puesta en evidencia.

21. Sobre estas normas ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, op. cit...

derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente que la tutelar, ésta es responsabilidad<sup>22</sup>; en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se autocumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Consideraba a ciertas familias socio-económicamente desaventajadas —aquellas que encuadraban en la categoría de riesgo o, más modernamente, de disfunción familiar— como incapaces de proveer a las necesidades no sólo materiales sino afectivas y educativas de sus hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del juzgado de menores<sup>23</sup>, que éste se ocupara de los hijos que ella había traído al mundo<sup>24</sup>. El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo hasta la eventual institucionalización de niños pobres marginalizados y con familias problemáticas. Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido —o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina<sup>25</sup>—; pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares.

En cambio, la nueva respuesta legal desarrollada a partir de la CDN en América Latina presupone la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo, con la asistencia del Estado cuando la requiera. Finalmente, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

---

22. Llama la atención la resistencia de algunos países en su momento a ratificar la CDN y, posteriormente, a dictar Códigos del Niño y el Adolescente, con el argumento de que se trataría sólo de reconocer derechos, lo que debilitaría a las familias y, fundamentalmente, a la autoridad de los padres sobre los hijos. De hecho, en el debate parlamentario estadounidense, éste fue el argumento que se utilizó, aunque el real fuera la prohibición de la pena de muerte para personas menores de dieciocho años de edad en el tratado, práctica permitida en muchos estados norteamericanos. La mayoría se opuso a la ratificación argumentando que la firma del tratado debilitaría los valores de la familia americana.

23. Todavía hoy en muchos países —recuerdo casos de Honduras y de El Salvador— que han modificado las leyes a partir de los nuevos estándares internacionales, las madres de familia o las madres y los padres recurren al juez de menores para que “se interne” a los hijos que les causan problemas. Frente a la negativa de intervenir en la familia por parte de los nuevos jueces penales juveniles, se ha llegado a atribuir falsamente al hijo que se quiere expulsar de la familia la comisión de un delito.

24. Sobre la administración de la vida privada a través de decisiones públicas estatales ver FARGE, Arlette y FOUCAULT, Michel, *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Gallimard, Saint Amand (Cher), 1982, en particular el capítulo 2.

25. Me refiero al Régimen Penal de la Minoridad, Ley N° 22.278 modificada en cuanto a la edad por la Ley N° 22.803.

El tema de la responsabilidad es un tema central en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana; sin embargo es una asignatura pendiente su comunicación clara en los medios. Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes<sup>26</sup> —jurídicos y no jurídicos— que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal y paradójicamente, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.

Estos nuevos sistemas de respuesta estatal creados en América Latina para los delitos imputados a personas menores de dieciocho años, consecuencia del mandato normativo internacional al que se hiciera referencia, son diferentes de los sistemas de justicia penal de adultos en los sentidos que aquí se examinarán<sup>27</sup>. Es importante insistir en este punto: a diferencia del proceso de reforma de las leyes tutelares ocurrido en Estados Unidos a fines de la década del '60 y comienzos de la del '70, en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos la condición de ser niño no puede justificar un simulacro —por utilizar la frase final del Juez Fortas, quien redactó el voto para la mayoría en el célebre caso Gault<sup>28</sup>— como en el sistema tutelar, pero

---

26. Sobre el particular ver GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Pedagogia e Justiça. A responsabilização penal do adolescente*, Modus Faciendi, mimeo, 1999.

27. Se podría interpretar que dados estos argumentos no existirían mayores diferencias entre la justicia juvenil y la de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con sólo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales del llamado "derecho de menores". Esto lo aprendió la comunidad internacional de la lección que deja el caso norteamericano. La lucha por los derechos del niño y la crítica al sistema tutelar en Estados Unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960. En el proceso de ampliación de la ciudadanía a los norteamericanos excluidos a través de sentencias de la Corte Suprema, los últimos en llegar a la condición de ciudadanos fueron los niños. El precio que pagaron los niños en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Así, por ejemplo, en algunos estados norteamericanos es posible condenar a pena de muerte a personas menores de dieciocho años. Este es como señalé un motivo real por el que Estados Unidos no ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que expresamente prohíbe esa pena para las personas menores de dieciocho años. Evidentemente, no es ésta la idea de la CDN ni de los sistemas de justicia juvenil creados sobre la base de ésta. No se pretende que los Estados nacionales reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante sería la peor pesadilla realizada, tanto de quienes a fines del siglo pasado pretendían poner a los niños fuera de la crueldad del sistema penal general, los "Salvadores del Niño" (ver PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español, *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982), como de quienes en los años '60 criticaron y lograron la reforma del sistema creado un siglo antes por violar los derechos de los niños. Como se sostuvo más arriba, la comunidad internacional parece haber aprendido esta lección, por lo que estos sistemas de justicia juvenil tienen otros fundamentos y otras características. La pregunta es, entonces, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la Convención. Significa, como se explicó en el capítulo 2, ser titular de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más derechos específicos que surgen de la condición de persona que está creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz; simplemente se trata de una persona que está creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento.

28. *In re Gault*, 387U.S. 1; 87 S.Ct. 1428.

tampoco justifica el ser tratado como un adulto, que es lo que desde la reforma ha ocurrido en la justicia juvenil estadounidense<sup>29</sup>.

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil. Se trata de los artículos 12, 37 y 40.

El artículo 12, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Se trata del derecho a ser oído –luego retomado por el art. 40–, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio (o *due process*, en el sistema anglosajón) como defensa material, sino que hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia<sup>30</sup>.

El artículo 37<sup>31</sup>, articulado con la Regla 11b de las Reglas para la Protección de los Menores privados de Libertad<sup>32</sup>, en cuanto regula la privación de la libertad, en sentido material, y que se constituye en una norma fundamental para la aplicación directa de la CDN en los países donde sigue rigiendo el sistema tutelar<sup>33</sup>.

---

29. De manera simplificada, es posible afirmar que el ingreso de personas menores de dieciocho años al sistema penal de adultos, en Estados Unidos, ocurre por tres vías diferentes: por un lado, por la negociación con el fiscal (*plea bargaining*). En algunos estados se permite al fiscal que negocie con el joven si lleva los cargos al sistema juvenil, por ejemplo, con una imputación grave; o al sistema de adultos, previa admisión de cierto grado de responsabilidad en el hecho, con una imputación menor. Por otro lado, en algunos estados se permite al fiscal decidir, por la naturaleza del delito de que se trate, si lleva el caso a la justicia juvenil o a la justicia de adultos. Finalmente, en algunos estados, por mandato legal, algunos delitos, aún cometidos por personas menores de dieciocho años, pueden ser juzgados en cortes de adultos.

30. BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en *Infancia, ley ..., op. cit.*, págs. 31 y siguientes.

31. "Artículo 37

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción."

32. "11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: (...)

b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública."

33. Sobre la aplicación directa de la Convención Internacional ver BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en *Los derechos del niño ..., op. cit.*

Finalmente, el artículo 40<sup>34</sup>, en cuanto establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de dieciocho años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Sobre la base de las prescripciones de esos tres artículos —y del *corpus juris* constituido por todas las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia<sup>35</sup>— se diseñaron las nuevas leyes y se están implementando nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina.

Me interesa antes de seguir adelante hacer una precisión terminológica. Estos nuevos sistemas —legales e institucionales— de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años, creados en América Latina a partir de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la década del '90, pueden ser denominados sistemas de justicia juvenil; pero no con la extensión que de esa expresión se hace en el mundo anglosajón, y que fue tomada por las

---

34. "Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de maner acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

- a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
  - b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
    - I) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
    - II) que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;
    - III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (...);
    - IV) que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
    - V) si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
    - VI) que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
    - VII) que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. (...)"
- El resto del artículo se analiza más adelante.

35. Cfr. BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, op. cit..

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing)<sup>36</sup>.

En la Regla 3, titulada “Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas”, se determina que la justicia de menores “incluye no sólo los procedimientos referidos a los menores infractores sino también los que se siguen a menores de edad por **realizar cualquier conducta que no es punible tratándose de adultos**, los que se siguen en los casos de niños víctimas de delitos y los relacionados con el bienestar del niño –protección–” (el resaltado me pertenece). Como se advierte fácilmente, la confusión entre cuestiones relacionadas con la justicia penal y con la protección, así como el desconocimiento de garantías fundamentales como el principio de legalidad, son en América Latina características propias del modelo tutelar que se pretende superar con las nuevas legislaciones. De ahí que se deba aclarar en qué sentido se habla de justicia juvenil en la región; y ese sentido es el siguiente: justicia juvenil es el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Querría agregar dos argumentos adicionales relacionados con la posibilidad de denominar como “sistemas de justicia juvenil” —con los alcances establecidos más arriba— a las respuestas legal e institucional a las infracciones penales cometidas por jóvenes sobre las que se viene haciendo referencia. En primer término, cabe señalar que por primera vez en América Latina se diseña, de modo original, un dispositivo institucional cuyo objetivo es, **estrictamente**, tratar con los casos de personas menores de dieciocho años de edad imputadas o encontradas responsables de haber cometido un delito. En ese sentido, se trata de un sistema de justicia, como no se trataba de un sistema de justicia la llamada —bajo el imperio de la pura ideología tutelar— “justicia de menores”. La “justicia de menores” —esto es, el conjunto de dispositivos legales e institucionales dedicados a una forma *sui generis* de filantropía ejecutada a través del órgano judicial— no constituía un sistema de justicia, ni desde el punto de vista institucional, porque no resolvía conflictos de naturaleza jurisdiccional; ni desde un punto de vista filosófico, porque operaba muchas veces en contra de cualquiera de las nociones de justicia que el pensamiento occidental ha elaborado hasta el presente.

---

36. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, conocidas como Reglas de Beijing, fueron aprobadas el 29 de noviembre de 1985, por Resolución 40/33 de la Asamblea General. Estas reglas fueron sancionadas en la mitad del proceso que demandó la aprobación de la CDN, ya que la idea de elaborar un documento como ése comenzó a circular en 1979, declarado Año Internacional del Niño, y recién se concretó en 1989. De ahí que, en muchos aspectos, las Reglas de Beijing parezcan estar a mitad de camino entre dos concepciones de protección a la infancia. Esto se advierte, por ejemplo, en el énfasis que las Reglas ponen en que el objetivo de la justicia de menores sea “el bienestar del menor” o bien en la propia definición de la desviación juvenil que reflejan. Así, por ejemplo, en las Orientaciones fundamentales, la Regla 1.2. establece: “Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, **durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado**, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento del delito y delincuencia posible” -el resaltado me pertenece-. También, en la Regla 2.2.c): “(...) menor delincuente es todo niño o joven **al que se ha imputado** la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito” -el resaltado me pertenece-.

De ahí la importancia de llamar a estos nuevos sistemas, sistemas de **justicia** juvenil. El segundo argumento se relaciona con el problema de cómo denominar al destinatario de estos sistemas —esto es la persona involucrada en un conflicto jurídico penal como autor o partícipe cuya edad se encuentra comprendida entre los dieciocho años de edad no cumplidos y los doce, trece o catorce años según el país de que se trate—. ¿Son adolescentes? ¿Son jóvenes? En este tema también es necesario quitar a la discusión todo aspecto naturalista. Se trata de definiciones normativas —no médicas, ni psicológicas, ni antropológicas, ni sociales—. Las nuevas leyes latinoamericanas no utilizan un lenguaje uniforme al abordar este tema. Algunas se refieren a jóvenes, otras a adolescentes, otras a menores. La categoría “jóvenes” tiene el problema de extenderse más allá de los dieciocho años, límite impuesto por el orden jurídico internacional para distinguir entre un niño y un adulto. Tiene no obstante la ventaja de estar pensada desde lo que el sujeto tiene y no desde aquello de lo que carece. En contraste, la categoría “adolescente”, aunque más acotada cronológicamente, parece más vinculada al sistema tutelar, ya que se relaciona directamente con la carencia, con lo que la persona todavía no es. En este sentido, me inclino por la utilización de la categoría “juvenil”, aunque creo que esta discusión debe ser resuelta desde el punto de vista normativo, de modo de superar esta omisión de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

## 6. Características de los nuevos sistemas

En líneas generales, es posible afirmar que los sistemas creados en la región para dar respuesta a las infracciones de carácter penal cometidas por adolescentes, que aquí se denominan sistemas de justicia juvenil o de responsabilidad penal juvenil, responden a las características que se describen a continuación.

### 6.1. Comprenden exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito, una falta o una contravención<sup>37</sup>

El fundamento normativo es el principio de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— presente en todas las Constituciones nacionales y, en particular, el art. 40 inc. 2. a) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; (…)”.

---

37. En el marco de un derecho penal mínimo el único supuesto que autorizaría poner en funcionamiento esos sistemas de reacciones estatales coactivas con adolescentes sería la comisión de un **delito**. Esto también por aplicación del principio de legalidad recogido en todas las constituciones nacionales y en todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, una crítica que puede formularse a la CDN y a las Directrices de Riadh, es que sobre la base de ellas todavía podría admitirse una intervención estatal coactiva —hasta privación de libertad— en el ámbito de la protección. No obstante, el principio de legalidad es categórico y preciso. Por lo tanto, lo único que puede habilitar el ingreso de adolescentes a estos sistemas es la formal imputación de un delito.

En consecuencia, las faltas y contravenciones no deberían ser incluidas en estos sistemas<sup>38</sup>.

## 6.2. Se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario<sup>39</sup>

El fundamento normativo se encuentra en el art. 40 inc. 3 b) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Surge también de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riadh), en particular en la Directriz 5<sup>40</sup>; en la 6: “6. (...) Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social”; y en la 58:

---

38. Para una crítica de la inclusión de las faltas y las contravenciones en estos nuevos sistemas ver BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en GARCIA M., E. y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia ..., op. cit.*, págs. 87 y siguientes. En resumen puede señalarse que un sistema penal de mínima intervención, basado en los principios del garantismo penal, no puede ponerse en funcionamiento cuando existen mínimas infracciones que en general se relacionan con conflictos de convivencia o vecinales y no con serias afectaciones a bienes jurídicos protegidos. Estos conflictos deben ser resueltos a nivel comunitario o en otro ámbito, fuera de la lógica del castigo, de la lógica penal. En ese sentido acertó la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al excluir a los niños como sujetos de imputación de contravenciones con excepción de las contravenciones de tránsito (cfr. art. 2 del Código Contravencional).

39. Desde el punto de vista procesal, se debe discriminar lo que es una solución alternativa al conflicto jurídico penal y lo que son alternativas dentro del proceso penal. De la primera podría decirse que es la solución abolicionista. En estos casos el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.

Merece un párrafo aparte –aún en esta breve nota– el juicio abreviado. Este instituto es problemático en general, para adultos y para adolescentes, en su aplicación, porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Sobre todo porque está siendo utilizado en todos los nuevos sistemas de justicia penal de América Latina al sólo efecto de descomprimirlos. Así, las garantías desaparecen. Creo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos, esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone la nueva justicia juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido. No ignoro las objeciones liberales a estas afirmaciones pero no puedo en esta oportunidad extenderme sobre el particular.

Otro punto conflictivo que sólo puedo dejar señalado con relación a todos estos nuevos institutos es la adopción de medidas como consecuencia de la solución adoptada. Las nuevas leyes no prevén el control de legalidad de esos acuerdos, que pueden incluir la adopción de medidas en muchos casos restrictivas de derechos. Por eso es fundamental la presencia del abogado defensor aún en estas instancias.

40. La Directriz 5 ordena que deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. También “(…) e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; (...) f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincuente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.”

“Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible **con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal**” —el resaltado me pertenece—.

Las nuevas leyes adscriben a esta solución político-criminal, fundamentalmente a través de tres instituciones: el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la remisión —que en realidad es una forma de ejercicio de oportunidad—, muchas veces de modo bastante confuso.

6.3. La atribución de responsabilidad se expresa en la exclusión de este sistema de los niños (según las nuevas leyes latinoamericanas, las personas menores de doce, trece o catorce años).

El art. 40 manda, en el inc. 3. a):

“El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños **no tienen capacidad** para infringir las leyes penales” —el resaltado me pertenece—.

Unos años antes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores habían prescripto:

“En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual” (Regla 4.1).

Un problema a señalar respecto de la aplicación —y en algunos casos de la redacción— de las nuevas leyes es que no se respeta el piso dispuesto por los instrumentos internacionales, por debajo del cual los Estados están obligados a renunciar a toda intervención estatal coactiva. El problema se hace más grave cuanto más alto se coloca el piso de edad. Este problema ha sido caracterizado en otra oportunidad como “derivación automática” al sistema de protección<sup>41</sup>. Si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir —y no coactivamente— es en un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con derivación automática, se debería verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito.

En relación con el conflictivo tema de la edad —que define, en los nuevos sistemas, quién puede ser objeto de intervenciones estatales coactivas como consecuencia de una imputación penal en su contra (cautelares) o bien de que se lo haya declarado responsable de haber cometido un delito (sanciones o penas)— es útil recordar un

---

41. BELOFF, Mary, *Los sistemas ...*, op. cit..

comentario relativamente reciente formulado por Claus Roxin en relación con la ley alemana. Afirma Roxin:

“En la mayoría de los casos, tampoco una disposición como el § 19 StGB –párrafo diecinueve del Código Penal Alemán–: ‘No es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años’, se puede explicar desde el punto de vista de la falta de capacidad de reaccionar ante la norma o según otras concepciones de la culpabilidad. Un menor de 13 –trece– años que le rompe el vidrio de la ventana a un vecino, sabe generalmente que esto no está permitido y, si no sufre de graves alteraciones de conducta, se puede conducir según ese conocimiento. Su padre lo reprenderá con razón y reirá cuando su atrevido hijo se remita a su falta de culpabilidad según el § 19 StGB (...).

“Incluso, sería absurdo suponer que en una persona al cumplir 14 –catorce– años ingresa, de repente, una capacidad de culpabilidad, de la que antes carecía completamente. El texto de la ley debe ser entonces interpretado de otro modo que literalmente.

“En los casos mencionados (...) no se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella. Está claro que la capacidad para dirigirse y a menudo también para la orientación mental está generalmente disminuida cuando (...) todavía se encuentra en edad infantil. De lo contrario (...) muchos países violarían el principio de culpabilidad cuando imponen el límite de la punibilidad en los 12 –doce– años.

“Y, finalmente, también en el caso de los menores está claro que una sanción criminal no sólo es innecesaria preventivamente, sino, incluso, extremadamente contraindicada. Un encierro –la multa queda descartada– no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay un consenso social de que se puede educar a niños con otros medios. Además, las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación.”<sup>42</sup>

Estos párrafos —si bien referidos a la ley alemana— podrían bien explicar la opción de política criminal de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos de excluir a los niños del sistema. Sin embargo, tal como se advierte en el último párrafo, Roxin resuelve el problema argumentando del mismo modo que los teóricos del “derecho de menores”: esto es, poniendo al margen del derecho penal el análisis de las conductas delictivas cometidas por personas menores de edad —en este caso los niños— por su incapacidad relativa y por razones preventivas, especiales y generales. En cuanto a la prevención especial, reduce el análisis al equiparar castigo o pena a cárcel o multa y derivar de allí la innecesariedad de una “sanción criminal”. Roxin asume sin problematizarlo —y sin mínimamente poner atención en ciertos indicadores de opinión pública sobre delincuencia juvenil— que existe consenso social sobre la posibilidad de educar a los niños por otros medios. Tampoco analiza en qué consistiría esa “educación por otros medios” a la que se alude, si implicaría restricciones de derechos, coacción, etc. y no advierte que esa reacción educativa —por ponerle un nombre— continuaría justificándose por razones de prevención especial positiva, como toda reacción estatal en el sistema tutelar. Además, descarta el argumento de prevención general en relación con los adultos, pero no advierte el problema en relación con los “menores” —interpreto que se sigue refiriendo a los menores de catorce años—. La pregunta que debería formularse entonces, partiendo de

---

42. Cfr. ROXIN, Claus, *Culpabilidad ...*, op. cit., pág. 491.

que las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación, sería si es posible concluir que estas mismas faltas no incentivan a otros menores a su imitación. ¿Se admitiría entonces un argumento de prevención general respecto de este particular grupo de edad? Roxin no analiza estos problemas. Son problemas menores.

Günter Jakobs aborda el mismo problema del siguiente modo:

“En el § 19 StGB la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, **careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma**. La presunción no tiene efectos en las instituciones dogmáticas que atienden a la imputabilidad real. Ejemplo: El que influir sobre un niño para cometer una infracción penal constituya participación en el hecho o bien autoría mediata se rige por la madurez del niño, pero no esquemáticamente por su edad (...).

“En relación con los adolescentes (personas de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; § 1.2 JGG), con arreglo al § 3 JGG, ha de verificarse la imputabilidad caso por caso. La capacidad puede ser relativa al hecho cometido. Así, p. ej., la capacidad para evitar un delito de fuga del lugar del accidente, tras un accidente de bicicleta, puede faltarle a un adolescente, mientras que p. ej. ya ha internalizado suficientemente la prohibición de matar”<sup>43</sup> —el resaltado me pertenece—.

Si bien en principio parecería que la explicación de la ley alemana de este último autor es más útil para dar cuenta de los nuevos sistemas de justicia juvenil locales, que distinguen entre niños y adolescentes o jóvenes, lo cierto es que requiere definir qué se va a entender, en relación con los niños, por “carecer de competencia para cuestionar la validez de la norma”. Si ello se relaciona con la incompetencia como incapacidad general de los niños, como de quienes padecen problemas de salud mental, la explicación tampoco es útil. Los nuevos sistemas presuponen la calidad de sujetos plenos de todas las personas menores de dieciocho años con independencia de que, en un segundo nivel de análisis, se adopte la decisión político-criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas —los niños— cometan delitos en razón de que se encuentran en una etapa temprana de la vida.

Esta exclusión de los niños puede también justificarse desde un punto de vista que tenga en consideración la cantidad de delitos cometidos por ellos. Habida cuenta de que la incidencia estadística de delitos graves cometidos por niños es prácticamente nula, una ley que, además, de acuerdo con las normas internacionales, prohíba toda posibilidad de reacción estatal coactiva cuando un niño comete un delito, no parece desacertada desde el punto de vista político-criminal.

#### 6.4. Se trata de un sistema que coloca a quienes tienen menos de dieciocho años fuera del sistema de justicia penal de adultos

Es en ese sentido, exclusivamente, que se habla de inimputabilidad en estos sistemas: como barrera político/criminal. En estos sistemas las personas menores de dieciocho

---

43. Cfr. JAKOBS, Gunter, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 629/630 .

años de edad son **inimputables** en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos<sup>44</sup>.

Por otro lado, son **imputables** como sujetos de derecho, tal como lo prevé la CDN<sup>45</sup> y como se explicó en el capítulo 2. Esto significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona —sin importar su edad— frente a una persecución penal. Significa también que, como regla, los destinatarios de este sistema son considerados sujetos responsables. Como ha sido señalado, el Estado de Derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo. Cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de Derecho. Por esa razón, en principio, el Estado de Derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales<sup>46</sup>.

Finalmente, los sujetos de este sistema **pueden o no ser inimputables** en función de la existencia de alguna causal que excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme esa comprensión. En caso de que se verifique la presencia de alguna de estas causales, la persona en cuestión será considerada **inimputable** y, por lo tanto, **incapaz** de ser objeto de un reproche jurídico-penal. Este es uno de los supuestos de ausencia de culpabilidad y, por lo tanto, de irresponsabilidad; no los anteriores.

**6.5. Los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado<sup>47</sup>, más derechos particulares.**

La existencia de este sistema especial de responsabilidad penal da cuenta de esa situación particular (inimputabilidad en el primer sentido explicado).

Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establecen: “52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.”

En las Reglas de Beijing, los derechos de quienes están sometidos a la “justicia de menores” aparecen en la siguiente Regla:

---

44. Esta prohibición tiene en algunos países rango constitucional.

45. M. Cillero ha sumado la perspectiva más general de Hans Kelsen al análisis de este tema. Cfr. CILLERO, Miguel, *Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño*, en la revista “Justicia y Derechos del Niño”, Unicef, Buenos Aires, Nro. 2, 2000, págs. 101 y siguientes.

46. Ver en este sentido, entre muchos otros, BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ariel, Barcelona, 3 ed. 1989, págs. 49/50, 67 y, en particular, 310/328; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, en particular págs. 51 y siguientes; FERRAJOLI, Luigi *Derecho ...*, op. cit.; FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, págs. 22 y siguientes.

47. Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y permita instancias conciliatorias no sólo al inicio sino todo a lo largo del proceso; esto es, flexible para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como en el sistema anterior.

## “7. Derechos de los menores.

7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.”

Todos los países desarrollan, con mayor o menor detalle, derechos y garantías fundamentales contenidos en la Convención Internacional y en otros tratados de aplicación en el tema.

6.6. La atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto que está creciendo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en las diferentes legislaciones medidas, medidas socio-educativas o, más recientemente y sin eufemismos, sanciones o sanciones penales juveniles.

Este mandato aparece ya en las Reglas de Beijing:

### “18. Pluralidad de medidas resolutorias

18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) libertad vigilada;
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) otras órdenes pertinentes.

18.2. Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.”

En el art. 40. 4 de la Convención Internacional se establece:

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

En consecuencia, en estos sistemas de justicia juvenil, se establecen como consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente

sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación<sup>48</sup> hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada<sup>49</sup>.

En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por tal motivo no me parece acertado sostener que los nuevos sistemas de justicia juvenil establecen penas o medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, en este sistema especializado, es la privación de la libertad. Es propio de la justicia penal de adultos hablar de penas alternativas.

La privación de libertad, por otro lado, por lo menos debe organizarse en tres variantes diferentes: privación de libertad de fin de semana, domiciliaria y en institución especializada.

Las consecuencias jurídicas deben ser dictadas por el juez teniendo en consideración el hecho cometido y, como correctivo al reproche por el acto, teniendo en consideración los informes realizados<sup>50</sup> por los miembros de los equipos multidisciplinarios que deberán

---

48. Se podría discutir la inclusión de este tipo de sanciones en un sistema como éste, en el que se intenta resolver el conflicto por otras vías y en el que sólo se recurre a la sanción en casos de cierta relevancia en los que fracasó todo intento conciliatorio, que merecen un reproche proporcional al hecho cometido. Se puede suponer que, si se frustraron otras soluciones anticipadas, es porque el hecho reviste cierta gravedad, por lo que en ningún caso la sanción podría ser una advertencia o una amonestación. Debo a José Cafferatta Nores el haberme señalado este problema.

49. Las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas. Por eso se afirma que es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad en los sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la reacción central es la cárcel. En cambio en los sistemas de justicia juvenil de los que se viene hablando, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, se sigue considerando que la privación de libertad es el eje del sistema, la pena por excelencia. Esto es lo que en realidad todavía constituye la práctica en América Latina y para que la realidad cambie, es importante comenzar por cambiar el lenguaje. El cambio del lenguaje –como el cambio de la ley– no opera milagros pero tiene impacto sobre la realidad. Véase si no la diferencia entre “menor” y niño o niña y adolescente.

50. “5. Objetivos de la justicia de menores

5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento **proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito**” –el resaltado me pertenece–. Nótese que la Regla parece enfatizar las condiciones personales más que el delito, pero luego, en el Comentario, se advierte este problema y se brinda una pauta importante de interpretación. Allí se afirma: “(...) El segundo objetivo es el ‘principio de la proporcionalidad’. Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para realizar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente **pueden** sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.” El resaltado me pertenece.

Es evidente que el “pueden” del Comentario es descriptivo y no prescriptivo, caso contrario no se comprendería todo el resto de la explicación.

“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) La respuesta que se de al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; (...).”

integrar los juzgados penales juveniles<sup>51</sup>. Ellos deben ser diferentes de los profesionales encargados de la ejecución de la sanción penal juvenil. En los nuevos sistemas de justicia juvenil la ejecución de la sanción debe quedar a cargo del órgano ejecutivo junto con organizaciones de la comunidad a la que pertenezca el adolescente condenado —la permanencia del adolescente en su núcleo familiar<sup>52</sup> y en su comunidad<sup>53</sup>, las que deben intervenir activamente en el proceso de ejecución de la sanción penal juvenil, es otra característica fundamental—.

En algunos casos las nuevas leyes siguen confundiendo ambos roles y se exige a los miembros de los equipos multidisciplinarios que elaboren informes durante el proceso y que sean quienes supervisen la ejecución de la sanción que adopta el juez, de donde se genera la consecuencia negativa de que el adolescente interpreta que es el psicólogo o el trabajador social quien lo está “castigando”<sup>54</sup>.

En cuanto a las Directrices de Ryadh, éstas contienen un completo programa para la prevención de la delincuencia juvenil. Si bien están mayormente orientadas a la prevención y no a cómo reaccionar cuando el adolescente ya ha cometido un delito, toda política de reacción —una vez fracasada la prevención— necesariamente contiene un aspecto preventivo, ya que el objetivo de reaccionar será, con el límite máximo de la intervención impuesto por la gravedad del delito cometido, lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos. De ahí que también en estas Directrices sea posible encontrar algunas pautas en relación con las sanciones con un notorio cambio de perspectiva, ya señalado, en relación con las Reglas de Beijing.

Para cerrar con este apartado cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito en estos sistemas son medidas, medidas socio-educativas, penas o sanciones. Los instrumentos internacionales, como ha quedado demostrado, no son precisos en este punto. En la mayor parte de las nuevas leyes —en particular en las dictadas a comienzos de la década del '90, que siguieron el modelo de Brasil—, no se habla de sanciones penales juveniles sino de medidas o medidas socio-educativas, para

---

51. Reglas de Beijing: “16. Informe sobre investigaciones sociales

16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiere cometido el delito.”

52. La importancia de la familia y de la comunidad aparecen en varias Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Tanto a la una como a la otra le está dedicado un capítulo. Así, la participación de la comunidad está prevista en las Directrices 6, 9 f), g) y h), 10, 29, así como en todo el título c) del capítulo iv: procesos de socialización, que comprende las Directrices 32 a 39. Es muy importante la Directriz 33 cuando establece que a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social **la ayuda debe prestarse respetando los derechos individuales** —el resaltado me pertenece—.

A la familia por su parte le está dedicado el título A del mismo capítulo iv, que comprende las Directrices 11 a 19.

53. “25. Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

25.1. Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.” En el mismo sentido las Orientaciones fundamentales.

54. Sobre el rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil ver BELOFF, Mary, *El rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil*, en Revista Nueva Doctrina Penal.

distinguir las de las medidas de protección. De ese modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que toda sanción necesariamente debe traer aparejada. Es evidente que los problemas que esta confusión genera a la hora de la ejecución de la medida/sanción o bien a la hora de hablar de estos sistemas en los medios de comunicación social, son graves.

Como se ha intentado demostrar, el fundamento de la sanción penal juvenil continúa siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado<sup>55</sup>. Este es un punto en común entre el modelo tutelar y el modelo de la protección integral de derechos. Podría decirse que es el único. Por esta razón se debe poner atención en distinguir las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un adolescente —sanciones— y las medidas de protección porque aún en leyes nuevas, que distinguen entre el sistema de protección y el sistema penal juvenil, se admite cierta superposición entre ambas. Tal el caso, por ejemplo, en el que una sanción penal juvenil o medida socio-educativa tiene como único objetivo reestablecer al adolescente en el ejercicio de un derecho: órdenes de supervisión consistentes en que el adolescente vaya a la escuela o a un programa de rehabilitación para adictos a una sustancia prohibida.

Lo que es fundamental que quede claro en la puesta en práctica de los nuevos sistemas y, en muchos casos, a pesar del texto legal por la supervivencia del modelo tutelar en este sentido, es que si como consecuencia de una reacción estatal coactiva, provocada por la comisión de un delito, surge algún beneficio para los derechos del adolescente, esto es un valor agregado de la sanción, pero no su fundamento ni su justificación.

## 6.7. La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve

Esta característica ya está ordenada en las Reglas de Beijing. Así, en relación con la privación de la libertad como medida cautelar se establece:

### “13. Prisión preventiva

13.1. Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

---

55. Sobre el concepto de “reintegración social del condenado” ver BARATTA, Alessandro, *Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*, en Revista NO HAY DERECHO, Nro. 3, abril/mayo de 1991, págs. 30/34, artículo que si bien está centrado en la pena de cárcel puede volver a leerse, en general, como referido a la situación de condena, del siguiente modo. Afirma Baratta: “La reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad.” Sustitúyase “pena carcelaria” por pena y “vida en la cárcel” como situación de ejecución de condena y el argumento se mantiene vigente.

13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.”

Y en relación con la privación de la libertad como sanción las mismas Reglas determinan:

“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

(...)

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; (...).”

En cuanto a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad, la excepcionalidad de la privación de la libertad aparece en la Regla 1 *in fine*:

“1. (...) El encarcelamiento deberá usarse como último recurso”; en la Regla 2 se establece asimismo: “2. (...) La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”; finalmente, en la Regla 17, se prescribe: “(...) En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias; cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible (...).”

Como se advierte, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad también distinguen la excepcionalidad de la privación de la libertad como sanción de la privación de libertad como medida de coerción personal durante el proceso.

## 7. Preguntas finales

El modelo tutelar en materia de legislaciones de infancia, del mismo modo que el modelo inquisitivo en materia de justicia penal, son algo más que modelos procesales o de administración de protección o justicia. Se trata de modelos que han determinado por casi

un siglo la manera de percibir y aprehender la realidad de la infancia pobre por un lado, y de la cuestión criminal por el otro. De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura.

Cuando se habla de sistemas de justicia juvenil en América Latina es fundamental tener en cuenta que se habla de sistemas de justicia, que nada tienen que ver con el “bien” ni con “hacer el bien”. Si la intervención de la justicia penal juvenil genera un bien al adolescente, éste es un valor agregado, pero no es su fundamento. Ochenta años de vigencia del sistema tutelar en América Latina han enseñado, con el dramático ejemplo de miles de niños privados de libertad por años sin que se les hubiera imputado delito alguno, que para ayudar a los niños y adolescentes que tienen sus derechos amenazados o violados no es útil recurrir por regla al sistema de justicia, el que deberá excepcionalmente intervenir para exigir a los responsables la garantía de los derechos de niños y niñas.

No se sabe bien todavía cómo proteger en una clave diferente. Esto es particularmente evidente en aquellos países donde a pesar de haberse reformado las leyes sobre la base de presupuestos en principio diferentes de los tutelares, los sistemas de protección de derechos continúan operando todavía en clave tutelar, en particular en aquellos que sólo adecuaron su derecho interno a los artículos 12, 37 y 40 de la Convención Internacional y que no realizaron una reforma institucional y de los servicios.

Para superar la cultura tutelar es necesario asumir que la nueva justicia juvenil es parte del sistema penal del Estado, y como parte de éste, las consecuencias jurídicas de la atribución de responsabilidad al adolescente implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Se trata de un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido; pero eso no le hace perder ni el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, ni de reproche. Es de suma importancia reconocer que estos sistemas se encuentran dentro del orden de ideas en el que opera el sistema penal; de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el modelo tutelar en el que el fundamento de toda intervención era “proteger” al menor. Muchos integrantes de la nueva justicia juvenil no enmarcan su práctica en esta lógica y, en muchos casos, interpretan su función como dirigida a ayudar a los adolescentes con derechos amenazados o violados, bajo la excusa de que el sistema de protección no da respuestas adecuadas.

Si esto no está claro durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia en todos los operadores que intervienen en el proceso penal juvenil, si el adolescente no visualiza que causó dolor y violencia, las que activaron el dispositivo coactivo estatal, y, por ende, puede oponer todas las defensas que toda persona imputada de delito tiene a su disposición, se forma en él una idea errónea acerca del significado real del proceso y de su conducta. Se forma la idea —que está presente en todos los procesos tutelares— de que cometer un delito no le genera ninguna consecuencia disvaliosa. Esto también es percibido de modo errado por la sociedad, que interpreta que al adolescente que comete delitos “no le hacen nada”, “entra por una puerta y sale por la otra”, “lo mandan a la escuela”, es “protegido”, etc. En el caso de los sistemas tutelares, esta concepción lleva a considerar, erróneamente, que estos sistemas de justicia son sistemas “blandos”, poco severos, ocultándose así su real carácter lesivo tanto de los derechos fundamentales del adolescente cuanto de la víctima.

No se debe confundir lo que se acaba de sostener con una consciente e insensible renuncia a “ayudar” a estos jóvenes. Lo que se trata de decir es que “ayudar” no puede ni debe ser la justificación del sistema de justicia penal juvenil. Por lo demás, todo adolescente imputado de la comisión de un delito o encontrado responsable y condenado a una sanción penal juvenil —o medida socioeducativa, según algunas leyes— es titular de todos los derechos sociales, económicos y culturales de los que toda persona menor de dieciocho años es titular —el propio Protocolo de San Salvador se refiere a la responsabilidad en el artículo referido a los derechos del niño—. El adolescente declarado penalmente responsable sólo puede ser restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado. De ahí que se le deban garantizar todos los derechos de los que no ha sido privado por la condena. De ahí también que estos sistemas se estructuren sobre penas que, a diferencia de la de privación de libertad, no anulen la condición de sujeto libre y, por lo tanto, responsable.

Periódicamente en el Congreso de la Nación se presentan proyectos que proponen volver a la ley 22.278 en su redacción original, esto es, la posibilidad de aplicar una pena común a las personas a partir de los catorce años; otros que en la misma línea agregan algunas penas alternativas y mínimas garantías procesales; otros que intentan separar el ámbito penal del asistencial, sin definir cómo serán uno y otro; y más recientemente otros que responden al modelo de justicia juvenil latinoamericana aquí descripto.

La reforma integral de las leyes que regulan la condición jurídica de la infancia en la Argentina —federales y locales— se impone por un triple orden de razones: por un lado, por razones vinculadas con los compromisos internacionales asumidos por el país ya que gran parte de las leyes vigentes los desconocen; por otro lado, por razones vinculadas con el humanismo más elemental, ya que no se puede seguir admitiendo la aplicación automática de leyes que desconocen derechos fundamentales de niños y adolescentes; finalmente, por razones pragmáticas, ya que el sistema tutelar es una fábrica de delincuencia juvenil por aquello de la profecía auto-cumplida de la que habló Platt en su conocido libro<sup>56</sup>.

¿Es éste el momento para hacer la reforma? ¿Debe ser una reforma integral o parcial? ¿Cómo van a reaccionar los operadores? ¿Es posible combinar protección con garantías? ¿Es posible un sistema mixto?

Las resistencias al cambio se expresan en preguntas que recuerdan la resistencia del sistema inquisitivo, y que determinaron en la justicia penal federal un cambio para que nada —si coincidimos con Pastor en el trabajo mencionado al comienzo de éste— cambie.

“Existe una antigua historia, atribuida a Pitágoras, acerca de la gente que va a los Juegos Olímpicos. Pitágoras dice: ‘Así como algunos acuden a ellos para competir, otros lo hacen para comerciar, y los mejores vienen a Olympia a sentarse en el anfiteatro en calidad de espectadores.’ Esto es, los que miran finalmente llegarán a conocer lo esencial.”<sup>57</sup>

Espero que estas notas hayan servido para mirar.

---

56. Cfr. PLATT, Anthony, *Los Salvadores del Niño. La invención de la delincuencia*, op. cit..

57. Arendt, Hannah, op. cit.

**UNIDAD I: NUESTRA OPCION POR LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Kelmemajer de Carlucci, Ahída “En busca de la Tercera Vía”, luego responde las siguientes preguntas de integración

# EN BÚSQUEDA DE LA TERCERA VÍA. LA LLAMADA “JUSTICIA RESTAURATIVA”, “REPARATIVA”, “REINTEGRATIVA” O “RESTITUTIVA”

Aída KEMELMAJER

SUMARIO: I. *Terminología*. II. *Algunas definiciones*. III. *Algunas claves para comprender las definiciones*. IV. *Orígenes*. V. *Razones de la aparición*. VI. *Normativa emanada de organismos internacionales que trabajan en el ámbito de los derechos humanos en la que se funda la justicia restaurativa*. VII. *Intereses que la justicia restaurativa intenta amparar*. *Propósitos o fines generales*. VIII. *Un fin esencial. La reparación*. IX. *Idea filosófica que se encuentra a la base de la justicia restaurativa: la democracia participativa*. X. *Conclusiones provisionales*. XI. *Una esperanza final*.

## I. TERMINOLOGÍA<sup>1</sup>

Describir el modelo que intenta superar los modelos tradicionales no es tarea fácil. En efecto, como afirman Dognan y Cavadino,<sup>2</sup>

...la forma precisa del nuevo paradigma es todavía oscura; en la teoría y en la práctica, 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 esos adjetivadores, aparecen los sustantivos restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación, etcétera.

<sup>1</sup> Sigo, especialmente, a Van Ness, D. *et al.*, “Introducing Restorative Justice”, en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 13 y ss.

<sup>2</sup> Citados por Miers, David, *An International Review of Restorative Justice*, Londres, Home Office, 2001, p. 88.

Algunos autores se inclinan por los adjetivos “*conciliativa*” o “*conciadora*”;<sup>3</sup> el inconveniente de esta terminología es que deja fuera ciertos programas que son parte del movimiento en los que, en definitiva, no se llega a una estricta conciliación. Otros hablan de justicia “*transformadora*”, palabra demasiado genérica y, consecuentemente, poco expresiva del fenómeno que se quiere describir.

Muchos prefieren los calificativos “*reparativa*”, “*reparadora*”, “*restitutiva*” o “*reintegrativa*”;<sup>4</sup> estas adjetivaciones son muy expresivas, pero tienen el inconveniente de mirar casi exclusivamente a la víctima, atender sólo a los vínculos ofensor-víctima, y excluir a la comunidad.

La calificación “*restauradora*” o “*restaurativa*” (*restaurative*, en inglés y en francés), en cambio, parece más cercana al justo medio, desde que comprende a la víctima, al autor e, incluso, a la comunidad. Por eso, las expresiones “*Restaurative Justice*”, en inglés, y “*Justice Restorative*”, en francés,<sup>5</sup> han sido promovidas en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, y han ganado impulso a través de las conferencias internacionales realizadas en Adelaida (Australia), Ámsterdam (Holanda) y Montreal (Canadá).<sup>6</sup> No obstante, algunos autores buscan un sustituto, pues entienden que ese calificativo no tiene una verdadera traducción lingüística equivalente en otras lenguas, dado que la palabra “*restauración*” (en español), o “*restaurazione*” (en italiano), en el lenguaje común, de todos los días, se vincula a actividades más materiales.<sup>7</sup>

Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión “*justicia restauradora*” o “*justicia restaurativa*”, fór-

<sup>3</sup> Ponti Gianluigi, “Riparazione dei torti e giustizia conciliativa”, en Ponti, Gianluigi (ed.), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 3.

<sup>4</sup> Para esta última, véase Highton, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, capítulo IV: Los principios de la justicia restitutiva (pp. 71-92).

<sup>5</sup> Bruce, Archibald, “La justice restaurative: conditions et fondements d’une transformation démocratique en droit pénal”, texto presentado en el seminario internacional francófono “La justice réparatrice et la médiation: convergences ou divergences”, Québec, Canadá, Mai, 2002.

<sup>6</sup> Tumarit Sumalla, Joseph, “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor”, en González Cussac et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 48.

<sup>7</sup> Kemeny, citado por Miers, David, *An International Review of Restorative Justice*, cit., nota 2.

mula, 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 respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: *responsibility*, *restoration* and *reintegration* (responsabilidad, restauración y reintegración).<sup>8</sup> 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.

Me ceñiré a este aspecto del movimiento, aunque no ignoro que uno de sus más grandes sostenedores, Braithwaite, ha dado a la expresión “restaurar” un alcance mucho más extenso. Afirma que se está ante un proceso restaurativo toda vez que se da a los afectados la oportunidad de decir su historia, sus consecuencias y sus necesidades para intentar poner las cosas en el lugar correcto, y siempre que esa oportunidad aparezca dentro del marco de los valores que incluyen la necesidad de curar las heridas. Por eso, la justicia restaurativa no versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible. No es sólo una respuesta al problema de la delincuencia; se trata de una filosofía integral (*a holistic philosophy*);<sup>9</sup> es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad. Desde una perspectiva republicana, dice, restaurar a las víctimas puede significar: restaurar la propiedad perdida, la lesión inferida, el sentido de seguridad, la dignidad, las relaciones humanas, el ambiente, la libertad, la compasión, la paz, la libre determinación, el sentido de los deberes como ciudadano, la democracia deliberativa, la armonía basada en los sentimientos de que se hizo justicia, etcétera. Esta diversidad de “restauraciones”, lejos de debilitar refuerza el nuevo movimiento, pues, en definitiva, implica restaurar a las víctimas, a los ofensores y a la sociedad.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Miers, D. et al., *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, Londres, Home Office, 2001, p. 9.

<sup>9</sup> Braithwaite, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, VII.

<sup>10</sup> Braithwaite, John, *Crime and Justice*, University of Chicago, 1999.

Otros autores creen que este fin no es alcanzable;<sup>11</sup> más aún, no es conveniente que la gente que trabaja en estos programas crea que tiene fines tan amplios, pues luego comprueba que no se cumplen, se desilusionan y abandonan la misión.<sup>12</sup>

Cualquiera que sea la posición frente a la visión amplia, puede decirse que todas las culturas, todos los países, tienen tradiciones “restaurativas” de este tipo, sea en la familia, la escuela, la iglesia, u otros grupos comunitarios. Hasta la diplomacia puede ser *restaurativa*: no es lo mismo el Tratado de Versalles de 1919, a través de una ceremonia de degradación que tendía a humillar a la Alemania vencida, que el Plan Marshall después de la Segunda Guerra Mundial, que tuvo un sentido restaurativo, reintegrando a Alemania en la comunidad internacional.

## II. ALGUNAS DEFINICIONES

En estos últimos años, el concepto de justicia restaurativa, que alguien calificó de “atractivo”,<sup>13</sup> ha ganado popularidad tanto entre los académicos cuanto en los operadores que determinan las políticas en el ámbito de la justicia penal. Sin embargo, las definiciones no son unívocas.

Para algunos, incluso, la definición no es posible porque: *a)* no es una teoría académica del delito o de la justicia, y *b)* los remedios propuestos son muy diversos; o sea, las iniciativas tienen naturaleza *plural*. Se afirma, entonces, que representa un modo ecléctico de responder exitosamente a determinados problemas penales merced a la experiencia acumulada.

Dado el límite de este trabajo, me limitaré a reproducir sólo dos.

Para Ceretti, un autor italiano, la justicia restaurativa es el paradigma de una

*...justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la recon-*

<sup>11</sup> Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Devon, Willan Publishing, 2002, p. 19.

<sup>12</sup> Peters, Tony, “Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges”, *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Lovaina, Leuven University Press, 2000, p. 15.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 10.

*ciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo.* El desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas.<sup>14</sup>

Tony Marshall, un criminólogo británico, propone la siguiente definición: “Justicia restauradora es un *proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro*”. Esta definición ha sido recogida en la Declaración de Leuven de mayo de 1997, que específicamente aconseja el acercamiento restaurativo para los casos de delincuencia juvenil.<sup>15</sup>

### III. ALGUNAS CLAVES PARA COMPRENDER LAS DEFINICIONES

La mejor comprensión de estas definiciones exige recordar algunos conceptos básicos.

#### 1. *El delito*

La justicia restaurativa no niega que el delito afecta a la sociedad, pero afirma que esa dimensión pública no debe ser el único punto de partida para resolver qué debe hacerse. El delito, más que la violación a una regla legal de conducta, es una violación o ataque de una persona a otra persona. No interesa tanto el derecho abstractamente violado sino el hecho concreto de que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de otra, y es ese daño el que debe ser reparado.<sup>16</sup>

Muchas veces, la comisión de un hecho definido por la ley como delito verifica un conflicto que, en definitiva, queda acotado a las partes: obviamente, en el hurto, la lesión a un vecino, el libramiento de un cheque sin fondos, la usurpación de un inmueble, la comisión de una estafa, una

<sup>14</sup> Ceretti, A. *et al.*, “Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto”, en Scaparro, Fulvio, *Il coraggio di mediare*, Milán, Guerini e Associati, 2001, p. 309.

<sup>15</sup> Citado por Weitekamp, Elmar, “Research on Victim-Offender Mediation. Findings and Needs for the Futures”, *Victim-Offender Mediation in Europe...*, *cit.*, nota 12, p. 103.

<sup>16</sup> Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, *cit.*, nota 11, p. 65.

amenaza, hay un interés general en la resolución del conflicto, pero ese interés general puede quedar agotado cuando las partes llegan a una solución. En suma, el delito no debe ser considerado sólo un ilícito cometido contra la sociedad, un comportamiento que viola el orden constituido y que, por lo tanto, reclama una pena a cumplir; es también una conducta intrínsecamente dañosa y ofensiva que puede provocar a la víctima privación, sufrimiento, dolor y hasta la muerte, por lo que ella tiene derecho a peticionar alguna forma de reparación del daño provocado.<sup>17</sup>

Desde esta perspectiva, el sistema vigente no sirve porque no satisface a nadie; la pena estatal no soluciona ningún conflicto, ni el de la víctima ni el de la comunidad.

## 2. Otras claves. De la autocomposición al monopolio estatal. *Posibles causas del cambio*

En las sociedades primitivas no había derecho sino venganza; un hito positivo en la evolución del sistema fue la reparación del daño, en sus comienzos por el grupo al que pertenecía quien lo había causado, luego por el individuo autor. No obstante, hay que recordar que lo que pareció un avance, no siempre fue realmente tal, porque las compensaciones podían llevar a la ruina y, más aún, a la esclavitud.

Posteriormente, la respuesta al delito no fue la compensación al dañado sino la punición retributiva al autor por parte de quien ejerce el poder. Durante el medioevo, ese poder estuvo en manos de los señores feudales; cuando devino el Estado único, también centralizó en él el poder de sancionar.

La pregunta es por qué una justicia que era *compensadora* cambió de manos y tomó un carácter eminentemente *punitivo*.

La respuesta tradicional es que ese cambio fue un gran progreso; en el delito están comprometidos intereses públicos, y por lo tanto, la autocomposición no tiene lugar.<sup>18</sup>

Desde otra perspectiva, se responde que el traspaso obedeció a razones fiscales y políticas: alrededor del siglo XII, los barones, los poderes eclesiásticos y el rey empezaron a tener control de la justicia para poder

<sup>17</sup> Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 309.

<sup>18</sup> Aldea Moscoso, Rodolfo, *De la autocomposición. Una contribución al estudio de la solución de los conflictos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 208.

percibir los impuestos sobre las sumas que los ofensores pagaban a las víctimas; miraron al proceso como una fuente de recursos, un suplemento a los impopulares tributos.<sup>19</sup> Para esta posición, el paso de la justicia *reparadora* en manos de la comunidad a la *retributiva* en poder del Estado tuvo los siguientes inconvenientes: *a)* los intereses de la víctima fueron olvidados; si la víctima quiere ser reparada debe ir al sistema civil, más costoso; *b)* la gente piensa que el ilícito es una cuestión del Estado, no de la comunidad, consecuentemente, se desentiende del problema cuando no está afectada directamente, y *c)* lo que empezó siendo una fuente de recursos terminó siendo un negocio que demanda demasiados gastos.

Es necesario, pues, instalar un sistema que no olvide a la víctima (principal protagonista del delito), en el cual la sociedad esté involucrada, y que permita rehabilitar al delincuente, entre otras razones, porque para la sociedad la rehabilitación es menos costosa que la exclusión.

### 3. Otras reglas

Susan Sharpe,<sup>20</sup> autora canadiense, ha propuesto cinco principios claves (*key principles*) para ayudar a entender algunas de las definiciones. En su opinión, la justicia restaurativa:

- Invita a la *participación* y al *consenso* de todos; la víctima y el ofensor tienen participación pero también le abren las puertas a otras personas involucradas (por ejemplo, los vecinos dañados indirectamente por el ilícito).
- Pretende *curar lo dañado*, lo roto. La primera pregunta a contestar es: ¿qué necesita la víctima para curar, para recuperar el sentido de la seguridad? La respuesta es: primariamente, la víctima necesita información y expresar su angustia.
- Persigue *alcanzar una responsabilidad completa y directa*. El infractor debe reconocer lo que hizo mal, pero además debe intentar repararlo. Explicar su conducta a la víctima y a la sociedad es dar el primer paso para la reparación.

<sup>19</sup> Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, cit., nota 11, p. 42.

<sup>20</sup> Citado por Van Ness, D. et al., “Introducing Restorative Justice”, *op. cit.*, nota 1, pp. 5 y 6.

- Busca *reunir —o al menos acercar— lo que el ilícito dividió; la reconciliación de la víctima con el ofensor, y de ambos con la comunidad*. El rol de víctima y de ofensor no debe perdurar; por el contrario, sólo debe ser temporal porque concluirá a través de la reparación.
- Persigue *estrechar las fuerzas de la comunidad para evitar nuevos ilícitos*. El delito causa daño, pero también revela injusticias anteriores (por ejemplo, un sistema económico o racialmente injusto). La fuerzas de la comunidad deben unirse, pues, para disminuir las causas del ilícito.

#### IV. ORÍGENES

La actual descripción del modelo de justicia restaurativa es de reciente elaboración; sin embargo, las ideas que la fundan vienen desde antiguo. En el “hallazgo” de esos orígenes incide, como no puede ser de otro modo, la mayor o menor simpatía que se tenga por la solución propuesta.

La restitución a la víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documentos muy remotos: el Código de Hammurabi preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad; la Ley de las Doce Tablas preceptuaba que el ladrón condenado pagara el doble del valor del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa, y cuatro si había obstaculizado la persecución. En Inglaterra, en el año 600 d. C., el rey de Kent, Ethelbert, desarrolló un sistema detallado de baremos para la valuación del daño,<sup>21</sup> etcétera.

Sin embargo, en opinión de Beaudoin, juez de la Corte de Québec,<sup>22</sup> la idea central de la justicia restaurativa, como se la entiende hoy, ha sido tomada de la experiencia de los pueblos nómades, más particularmente autóctonos, en los supuestos en que el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por su comunidad; excluirlo era perjudicial para los intereses y la supervivencia del grupo; el modo de sanar la situación era, pues, obligar al infractor a reparar el mal causado y rehabilitarlo; de este modo, los lazos entre el autor del delito, la víctima y la comunidad quedaban restablecidos.

<sup>21</sup> Gatti, Humberto y Marugo, Maria Ida, “La vittima e la giustizia riparativa”, en Ponti, Gianluigi (ed.), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., nota 3, p. 87.

<sup>22</sup> Conferencia pronunciada en Mendoza, en diciembre de 2002.

En realidad, la justicia restaurativa existe desde hace muchos siglos en pueblos de diversas culturas. Aunque con otro nombre, estas tradiciones vivían en Canadá, Nueva Zelanda y en otros países donde el fenómeno, pese al monopolio estatal de la justicia, sigue funcionando. Ello obedece, especialmente, a que en los años sesenta los pueblos colonizados de Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda empezaron a luchar para hacer revivir su justicia tradicional. En general, los autores<sup>23</sup> marcan el comienzo de esta etapa en el caso solucionado en 1974, en Kitchener, Ontario, Canadá. Se cuenta que Mark Yantzi, un miembro de la secta menonita, estaba cansado de la falta de respuesta judicial efectiva a los numerosos ataques a la propiedad realizados por menores de edad. En uno de estos procesos, dos jóvenes fueron condenados por veintidós actos vandálicos; Yantzi pidió al juez que permitiese un encuentro entre los delincuentes y las víctimas. El juez aceptó y ordenó a los dos condenados que fuesen con Yantzi y Worth (otro integrante de la secta), y luego le hicieran un informe de lo que habían visto, conversado con las víctimas, y de los daños que éstas habían sufrido. La solución fue exitosa y los jóvenes infractores se reincorporaron a la sociedad.

En algunos países, pues, los procesos de justicia restaurativa se han iniciado bajo la inspiración de ideas religiosas;<sup>24</sup> en otros, como Noruega, la religión nunca ha intervenido, desarrollándose bajo concepciones absolutamente seculares.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Véase, entre otros, Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, *cit.*, nota 4, p. 157.

<sup>24</sup> No debe creerse que todos los sectores del cristianismo han estado en contra de las cárceles. Por el contrario, los cuáqueros fueron siempre entusiastas defensores de la cárcel como el modo normal de responder al delito. Ellos creían que los ofensores no se reforman a menos que reconozcan el pecado y se arrepientan; pues bien, según ellos, la experiencia carcelaria les provee la oportunidad de este arrepentimiento porque el convicto debe ser colocado en aislamiento, provisto sólo de un texto de la Biblia. Este sistema carcelario se instaló en la Walnut Street Jail de Filadelfia, y en su momento fue muy criticado por Alexis de Tocqueville cuando visitó los Estados Unidos; el prestigioso francés sostenía que ese sistema carcelario llevaba a la depresión y a la insanía. Dean-Myrda, Mark y Cullen, Francis, “The Panacea Pendulum. An Account of Community as a Response to Crime”, en Lawrence F. Travis III (ed.), *Probation, Parole, and Community Corrections. A Reader*, Illinois, Waveland Press, 1985, p. 12.

<sup>25</sup> Kemény, Siri Ilona, “Policy Developments and the Concept of Restorative Justice through Mediation”, *Victim-Offender Mediation in Europe...*, *cit.*, nota 12, p. 83.

## V. RAZONES DE LA APARICIÓN

Se ha dicho<sup>26</sup> que la justicia restaurativa es el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas: *a)* la que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de regulación y, consecuentemente, la imagen de una comunidad perdida que es necesario revivificar; *b)* la corriente que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuente, y *c)* la que propició el desarrollo de mecanismos tendentes a exaltar los derechos del hombre y, consecuentemente, también los de las víctimas.

La confluencia de estas tres corrientes explicaría la ambigüedad del modelo y las dificultades para determinar su verdadera naturaleza jurídica. No obstante, la idea por todos compartida es que el aparato institucional es insuficiente para afrontar los problemas, íntimamente unidos a la realidad sociocultural del niño infractor.

## VI. NORMATIVA EMANADA DE ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE TRABAJAN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA QUE SE FUNDA LA JUSTICIA RESTAURATIVA<sup>27</sup>

Haré referencia a algunos documentos internacionales; en este recorrido, como no podía ser de otro modo, me detendré especialmente en los textos emanados de los distintos organismos pertenecientes a las Nacio-

<sup>26</sup> Faget, Jacques, *La médiation. Essai de politique pénale*, París, Érès, 1992, p. 23.

<sup>27</sup> Véase, especialmente, Spirito, Daniela, "Principi penali e direttive internazionali nel nuovo processo minorile", en Cataldo Neuburger (ed.), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padua, Cedam, 1990, pp. 219 y ss. No hay reforma legislativa de las últimas dos décadas que no mencione los documentos internacionales como fundamento de la solución (aunque de alguna manera los traicione); prácticamente no se encuentra un autor que escriba modernamente de la cuestión y que no haga referencia a ellos. A vía de ejemplo, veáanse D'Antonio, Daniel H., *Derechos fundamentales del niño*, Rosario, Zeus, 1999, p. 227; Guilhemjouan, Jean Yves, "Les enjeux de la médiation/réparation pour le médiateur", en Cario, Robert (dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, París, L'Harmattan, 1997, p. 105; Bustos Ramírez, "Perspectivas de un derecho penal del niño", *Nueva doctrina penal*, 1997-A, p. 66; Belloff, Mary, "Niños y jóvenes: los olvidados de siempre", *El nuevo Código Procesal Penal de la nación*, Buenos Aires, El Puerto, 1993, pp. 252 y ss.; *id.*, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 9; *id.*, "Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos", *Justicia y Derechos*

nes Unidas, ente que, desde sus inicios, estuvo preocupado por la infancia. Prueba de este aserto es que, en 1946, la Asamblea General creó UNICEF para responder a las necesidades más urgentes de la infancia europea que, tras la Segunda Guerra Mundial, se encontraba en situación absolutamente precaria.<sup>28</sup>

No debe sorprender, entonces, que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil, hayan sido piezas fundamentales en el proceso de transformación de la legislación penal juvenil de América Latina y de Europa, habiéndose dicho, con razón, que “la doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia constituye hoy un nuevo paradigma del derecho penal juvenil fundado sobre estos documentos internacionales”.<sup>29</sup> La índole de estas notas me impide

*del Niño*, núm. 2, 2000, p. 77; Cardoso, José, *Los menores en conflicto con la ley penal*, en LL 2001-E-1977; Cillero Bruñol, Miguel, “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 65; *id.*, “Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 101; Cortés Morales, “¿Distintas lecturas del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño?”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 77; González Álvarez, Daniel, “Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana”, *Nueva doctrina penal*, 1996/B, p. 465; Llobet Rodríguez, Javier, “La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, p. 396; Martín López, M. Teresa, “Delincuencia juvenil y normativa internacional”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Universidad de Salamanca, 2001, t. I, p. 329; Maier, Julio, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 9; Ornosá Fernández, María R., *Derecho penal de menores*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 47; Pérez Manrique, Ricardo, “Sobre el ejercicio de la defensa de menores infractores”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 165; Perucci, Mario, *Bambini ed adolescente di fronte alla legge*, Ancona, Nuove Ricerche, 1994, p. 318; Quadrato, Maria E., *Il minore tra interessi e diritti*, Bari, Cacucci, 1995, pp. 8 y ss.; Renucci, Jean F., *Le droit pénal des mineurs*, París, PUF, 1991, p. 54; Saulle, Maria Rita, “La Convenzione della Nazioni Unite per la tutela dei diritti del bambino”, en Cataldo Neuburger, Luisella (ed.), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padua, Cedam, 1990, p. 237; Uriarte, Carlos, “Delincuencia juvenil y derechos humanos”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 91.

<sup>28</sup> Véase Lázaro González, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 75.

<sup>29</sup> Larissa, Silvia, “Evoluzione del diritto penale minorile”, en Palermo Fabris, Elisabetta y Presutti, Adonella (eds.), *Trattato di diritto di famiglia*, Milán, Giuffrè, 2002, t. V, p. 154.

ingresar en el análisis de otros documentos internacionales, altamente significativos para el tema en cuestión.

## 1. *Convención Internacional de los Derechos del Niño*

### A. *Historia*

Este documento, el instrumento clave, el centro sobre el cual gira el derecho vigente de la infancia y la adolescencia, fue minuciosamente preparado durante diez años por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Su elaboración se remonta a 1979, año internacional del niño, cuando Polonia propuso redactar una convención que estableciera los derechos del niño. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU organizó un grupo de trabajo abierto para estudiar el tema. En ese grupo, además de la intervención obligatoria de los representantes de los cuarenta y tres Estados integrantes de la Comisión de Derechos Humanos, tuvieron posibilidad de participar los delegados de cualquier país miembro, los organismos internacionales como UNICEF, y grupos *ad hoc* de organizaciones no gubernamentales. En 1989, justamente treinta años después de la aceptación de la Declaración de los Derechos del Hombre (20 de noviembre de 1959), la Asamblea General aprobó la Convención de los Derechos del Niño. Se trata del tratado internacional aprobado con mayor amplitud, y el que ha sido ratificado por mayor número de países en toda la historia de las Naciones Unidas; fue ratificado por todos los países del mundo, excepto Estados Unidos y Somalia.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> García Méndez ha explicado estas dos excepciones del siguiente modo: Somalia se ha vuelto pura geografía; no logra constituirse como sujeto de derecho internacional; la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central. El caso de Estados Unidos es más complejo, pero pueden señalarse tres motivos de naturaleza diversa: a) el primero se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado; se trata de una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles aspectos vinculados al área de lo económico-social (salud, trabajo, vivienda), y la CIDN es también un catálogo de derechos económicos sociales; b) el segundo es la imagen falsa, pero eficientemente distribuida por grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, según la cual la Convención destruye la autoridad de los padres sobre los hijos; c) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, es el vínculo estrecho entre los temas de seguridad urbana y la delincuencia juvenil. En la mayoría de los estados de Estados Unidos, cuando un adolescente mayor

Por lo demás, es importante recordar que las directrices de la Convención constituyen un mínimo a alcanzar, dejándose abiertas las puertas a las medidas más favorables que los Estados puedan llevar a cabo.

### *B. Un principio rector: el interés superior o el mejor interés del niño*

Esta Convención constituye un verdadero “compromiso” entre diversas culturas y realidades; no obstante, contiene un principio rector que ha pasado a todas las legislaciones inspiradas en este documento internacional: el principio del interés superior del niño, o el mejor interés del niño. Dispone el artículo 30.: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.<sup>31</sup>

de 14 años comete un delito muy grave, se lo juzga y sentencia, pudiendo, incluso, condenárselo a la pena de muerte, que se ejecuta una vez cumplida la mayoría de edad. La ratificación de la Convención haría imposible, o al menos extremadamente difícil, esta última solución. García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Buenos Aires-Bogotá, Temis-Depalma, 1998, p. 9, nota 1. El autor atribuye a Brasil ser el gran mentor de la transformación del derecho de menores en la región, a la luz de los principios de la Convención. Argentina ratificó la Convención por ley 23.849.

<sup>31</sup> La bibliografía sobre el principio del interés superior del niño es infinita; cualquier intento de sintetizarla es tarea inútil. Para el principio del interés superior del niño en la nueva ley penal española 9/2000, véase, entre muchos, Altava Lavall, Manuel Guillermo, “El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes”, Planchadell Gargallo, Andrea, “La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores”, en González Cussac *et al.* (ccoords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, cit., nota 6, p. 347; Martínez Serrano, Alicia, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000”, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 23; Martín Sánchez, Ascensión, “El interés del menor en la ley orgánica 1/96 y en la ley orgánica 5/2000”, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 147; Peris Riera, Jaime, “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la ley orgánica 5/2000”, *La Ley Española*, 2001-2-D-46, p. 1649; Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 62 y 87; Brualla Santos-Funcia, Luis, “Los derechos del niño: menores infractores. Algunas consideraciones”, *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, Junta de Castilla y León, 2001, p. 32 (el autor tiene una visión crítica de la ley; sostiene que triun-

Aunque se trata de un principio que se extiende en todas las direcciones, dada la índole de este trabajo, limitaré su análisis al aspecto conocido como *principio garantista*,<sup>32</sup> o sea, a su aplicación en el proceso penal juvenil.

Creo importante subrayar que el artículo 3o. no es una mera declaración ni un simple deseo. Por el contrario, su carácter obligatorio está previsto en el artículo 4o.:

*Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.*<sup>33</sup>

El interés superior del niño configura, pues, el criterio informador de la elaboración, interpretación y aplicación de todas las normas que afectan al niño; a su alrededor deben articularse todos los derechos que se le

fa el interés del perjudicado por encima del interés del niño. En aquellos casos en que los daños causados han sido cuantiosos, el autor se pregunta: ¿puede pedirse, y menos esperarse, que el menor reconozca y asuma su autoría?, ¿cuál es el precio que le pone el legislador al logro de la sinceridad del menor en estos expedientes?, ¿por qué se va a poder pensar en términos de una postura colaboradora del menor y de sus padres que permita la educación y resocialización del menor?, ¿a qué asesoramiento técnico se obliga al letrado del menor?); Dolz Lago, Manuel Jesús, "El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la ley orgánica 4/1992", *La Ley Española*, 1996-1-1592 (el autor entiende que en el proceso penal el interés superior del niño debe compatibilizarse con el interés de la víctima y el de la sociedad).

<sup>32</sup> Tomo la expresión de Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *op. cit.*, nota 27, p. 77. Para el tema, véase Allaix, Michel, "Les règles de Beijing et les articles 37 et 40 de la Convention Internationale relative aux droits de l'Enfant", en J. Rubellin Devichi (dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, 1996, p. 123.

<sup>33</sup> En cumplimiento de esta norma, en Argentina, el procurador general de la nación emitió la resolución 30/97 por la que instruye a todos los funcionarios del Ministerio Público Fiscal para que en los casos donde intervengan, planteen la operatividad de los derechos y garantías que consagra la Convención. En particular, destaca la necesidad de tener en cuenta la jerarquía constitucional de dicha Convención y su supremacía normativa sobre la legislación procesal y toda otra disposición legal que la contrarie (citada por Marchisio, Adrián, "Los menores de edad infractores de la ley penal. Estado actual del sistema", *Nueva doctrina penal*, 2002/B-761).

reconocen como sujeto de derecho. Por eso, la fórmula se repite en todos los textos normativos, y actúa, o debiera actuar, como salvaguarda genérica y universal estableciendo el orden de prioridad de los intereses de las diferentes partes en conflicto.

Sin embargo, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, no siempre es fácil concretar su contenido,<sup>34</sup> a punto tal que la doctrina de la “situación irregular”, que fundó el modelo rehabilitativo y en el que tantas veces quedaron olvidadas las garantías procesales y penales, también se fundó en ese interés superior, pues la mayoría de las medidas se fundaban en la necesidad de “salvar al niño”.<sup>35</sup>

Más allá del mal uso, se ha dicho que el cumplimiento del principio es paradójico; “a veces el interés superior del niño es diametralmente opuesto a lo que el niño quiere; y siempre es el adulto quien decide cuál es ese interés superior”.<sup>36</sup>

Para algunos, ese interés superior implica que “todas las decisiones que se tomen deben tener por fin primordial contribuir a la educación y al desarrollo de la personalidad de quien ha manifestado una actitud anti-

<sup>34</sup> Véanse, entre muchos, para las diferentes escuelas y concepciones, Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000; Rosenczweig, Jean Pierre, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, 2a. ed., París, Jeunesse et Droit, 1998, p. 658 ; Costanzo, Angelo, “Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini”, *Rivista Il diritto di famiglia e delle persone*, 1995-3-1129. Tan es así, que a veces la Convención se cita paradójicamente para revocar decisiones que sobreesen la causa en favor de un menor. Así, por ejemplo, en la sentencia del 3 de julio de 2003, la Cámara Federal de San Martín (provincia de Buenos Aires) hizo lugar al recurso deducido por el Ministerio Fiscal y anuló el sobreseimiento dictado en favor de un menor a quien no se había oído. Dijo el tribunal que “la situación de incomparecencia del causante durante más de un año de iniciado el proceso pone de relieve la falta de conocimiento directo del menor y de informes dirigidos al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encontraba, que permitan establecer si se encontraba en una situación de abandono, falta de asistencia, en peligro material o moral o si presentaba problemas de conducta y adoptar, en su consecuencia, las medidas tutelares de resguardo que correspondan, ya que de lo que se trata es de cumplir con lo dispuesto por el régimen penal de la minoridad (artículo 1o. de la ley 22.278) y con lo establecido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño” (diario *El Dial*, visible en *elDial.com*, 5 de agosto de 2003).

<sup>35</sup> Llobet Rodríguez, Javier, “La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos”, *op. cit.*, nota 27, p. 397.

<sup>36</sup> Puntos Guerrero, Salvador, “La protección de los derechos del niño. ¿Hay lugar para la mediación?”, *I Seminario Internacional en Minoridad y Familia*, Mendoza, 2001, p. 98.

social para que no vuelva a repetirlo en el futuro”. Otros, con mayor precisión, indican que significa “interés en y para la educación del niño, en aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su personalidad y le lleve a respetar los derechos y libertades y, en consonancia, los bienes jurídicos ajenos; en definitiva, que ayude a reintegrarle a la sociedad”.<sup>37</sup> Otros subrayan que “interés superior significa que hay que atender no sólo al respeto de los derechos y garantías individuales de las personas menores de edad, sino a consideraciones fácticas, personales y sociales”.<sup>38</sup>

La reciente ley 9053 de la provincia de Córdoba, Argentina, dispone en el artículo 4o.: “En todo lo que concierne al niño y al adolescente se deberá atender primordialmente a su interés superior; *entendiendo por tal la promoción de su desarrollo integral*. Toda medida que se tome con relación a ellos deberá asegurar la máxima satisfacción de derechos que sea posible conforme a la legislación vigente”.

### C. Los textos de la Convención

Interesan, fundamentalmente, los artículos 37 y 40, ya que ambos comportan un conjunto de preceptos o mandatos específicos sobre la justicia penal juvenil.<sup>39</sup>

### D. Eficacia real de las normas transcritas

Los artículos 37 y 40 son muy importantes en cuanto prohíben la detención ilegal o arbitraria del infractor juvenil; establecen la oportunidad de ser oído en los procedimientos judiciales o administrativos y otras garantías jurisdiccionales, como el derecho a la justicia rápida,<sup>40</sup> a la invio-

<sup>37</sup> Cruz Blanca, María José, *Derecho penal de menores. Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, Edersa, 2002, p. 313.

<sup>38</sup> Sanz Hermida, Ágata A., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, p. 74.

<sup>39</sup> Martín López, María Teresa, “Modelo de justicia juvenil en la convención de derechos del niño”, en Martín López, M. Teresa (coord.), *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, Madrid, Civitas, 2001, p. 146.

<sup>40</sup> El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es importante en todos los ámbitos, pero lo es más aún en el de la minoridad. Precisamente, la Corte Constitucional italiana ha declarado la constitucionalidad de los procedimientos en los tribunales penales

labilidad de la defensa, al recurso; a un proceso amplio y transparente; a la intervención mínima, el principio de subsidiariedad, etcétera.

Lamentablemente, un informe reciente de UNICEF dice:

En gran número de países se cometen violaciones constantes de los derechos de la infancia. Muchos niños están detenidos por conductas no tipificadas como ilícitas o que no serían consideradas delito si las hubiera cometido un adulto. Puede que se les considere culpables por carecer de un hogar, o por no estar bajo la protección de un adulto, y muchas veces se les detiene simplemente para alejarlos de las calles. En Kenia, Côte de Ivoire y el antiguo Zaire, se arresta periódicamente a los niños por carecer de hogar o por vagancia, y en Filipinas y Nepal el número de arrestos suele aumentar poco antes de la visita de un dignatario. Las autoridades arrestan a los niños por una mera sospecha o a causa de delitos menores, como pedir limosna, robar objetos de escaso valor o subir al autobús sin pagar. Existe una correspondencia abrumadora entre los arrestos y el estado de pobreza o de dificultad en que se encuentra la persona arrestada... En Nepal muy pocos niños no han ingresado alguna vez en un centro de detención.<sup>41</sup>

### E. La Convención y los programas de justicia restaurativa

Se ha dicho que la Convención proporciona la base para las “4 D”, típicas de la justicia retributiva: *desjudicialización*, *descriminalización*, *desinstitucionalización* y *due process* (proceso debido).<sup>42</sup>

Prevé, además, otra regla muy importante para este modelo, cual es la obligación de los Estados de establecer una pluralidad de medidas para mayor flexibilidad, y en aras de evitar, dentro de lo posible, la adopción de la internación.

Adviértase que la desjudicialización, o *diversion* o desviación o remisión, un aspecto muy importante de la justicia restaurativa, como he explicado en el apartado introductivo, aparece consagrada en el artículo

juveniles cuya finalidad es que, a través de ritos rápidos, se reduzcan los tiempos de exposición del menor al proceso con el inevitable riesgo de estigmatización. Larissa, Silvia, “Corte costituzionale e sistema di giustizia minorile”, *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 104.

<sup>41</sup> Bartlett, Sheridan *et al.*, *Ciudades para los niños. Los derechos de la infancia, la pobreza y la administración urbana*, Madrid, UNICEF, p. 239.

<sup>42</sup> Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 77.

40.3, cuando se refiere expresamente al derecho del niño a que se adopten “medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

2. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil (U. N. Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice), 1985*

Conocidas como reglas de Pekín (*Beijing Rules*),<sup>43</sup> fueron aprobadas por la resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

No establecen un modelo rígido; por el contrario, las reglas están formuladas de tal manera que pueden ser aplicadas en diferentes sistemas jurídicos; por eso se establecen fórmulas y conceptos amplios y flexibles.

Se trata de una especie de codificación de la administración de justicia de jóvenes; versa sobre las sanciones y procedimientos y traza el camino que va desde la identificación de los jóvenes autores hasta su reintegración en la sociedad. Combina los requerimientos del debido proceso con la centralidad del interés y el futuro desarrollo del joven. En particular, reconoce las especiales necesidades del menor, y por lo tanto la necesidad de un proceso flexible que dé posibilidad de opciones; da al Ministerio Público facultad para salir del juicio formal a través de programas comunitarios, restitución, compensación, consejo. Insiste en que la institucionalización debe ser la última medida y siempre por un periodo mínimo. Reitera la protección de la intimidad y del anonimato que prevenga al niño de todo daño o estigmatización; establece la necesidad de evaluar, monitorear y controlar el sistema para estar seguro de su flexibilidad y efectividad. En suma, se inclina en favor de un sistema de justicia que tenga por objetivo la tutela del joven y asegure que la medida adoptada sea proporcional a las circunstancias del delito y del autor (artículo

<sup>43</sup> La influencia de las reglas de Pekín sobre la nueva legislación europea es reconocida de modo unánime por la doctrina (véase, entre otros, Balloni, Augusto, “Nuovo processo penale a carico dei minorenni e problemi di criminologia”, *Criminalità e giustizia minorile in Emilia Romagna*, Bologna, Clueb, 1990, pp. 11 y ss.; Cruz Blanca, María José, *op. cit.*, nota 37, p. 107). Véase el cuidadoso análisis de estas reglas en Pérez Martell, Rosa, *El proceso del menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 111-132.

5.1); declara inoportunas las soluciones exclusivamente punitivas.<sup>44</sup> Declara el derecho del joven infractor a la presunción de inocencia, a ser notificado de las acusaciones, a no responder, al asesoramiento, a la contradicción y a la doble instancia, a plazos máximos de detención, a un juicio imparcial y equitativo.

El artículo 11 busca intencionalmente la desjudicialización del derecho penal juvenil al disponer:

11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los jóvenes delinquentes sin recurrir a las autoridades competentes mencionadas en la regla 14.1, para que los juzguen oficialmente.

11.2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupan de los casos de delincuencia juvenil estarán facultados para resolver dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres, o de su tutor; la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

De este texto surge que la remisión o *diversion* puede utilizarse en cualquier momento del proceso, y siempre debe asegurarse el consentimiento del infractor (o de sus padres o tutores). Los infractores juveniles no deben ser presionados, ni han de sentirse presionados para lograr su consentimiento. Por ello, se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la conveniencia de que intervenga una autoridad competente cuando así se solicite. Adviértase que el artículo 11.4 recomienda especialmente los programas que entrañan el avenimiento mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras trasgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación.

Seguramente, cualquier lector de América Latina razonablemente teme a las facultades discrecionales otorgadas a la policía. Para disminuir

<sup>44</sup> Cimadomo, Donatello, *Un giudice “unico” per il processo penale minorile*, Padua, Cedam, 2002, p. 13.

ese temor, adviértase que el artículo 12 requiere el principio de especialización, en especial policial, recaudo muy lejos de alcanzar en la realidad cotidiana: “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esta finalidad”.

En verdad, este instrumento internacional requiere que todos los intervinientes sean especialistas. Dice la regla 22:

Necesidad de personal especializado y capacitado. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

Además, el artículo 6.1 dice: “habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los jóvenes, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones”. El artículo 6.3 completa: “Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”.

Bien se ha dicho que la competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de las facultades discrecionales. Por eso, las Reglas hacen especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación profesional de los expertos como medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de tales facultades.<sup>45</sup>

Conforme al artículo 14, todo delincuente juvenil cuyo caso no sea objeto de remisión con arreglo a la regla 11 será puesto a disposición de

<sup>45</sup> Córdoba, Eduardo, *Universo jurídico del menor*, Córdoba, Lerner, 1994, p. 432.

la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etcétera) que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. El procedimiento favorecerá los intereses del joven infractor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que él participe y se exprese libremente. El artículo 5o. dispone que “el sistema de justicia juvenil hará hincapié en el bienestar del niño y garantizará que cualquier respuesta será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

Queda claro, pues, que el principio de proporcionalidad no sólo debe atender a la gravedad del delito sino también a las circunstancias personales del menor. Un sector de la doctrina afirma que en esta frase quedan comprendidos los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima y su buena disposición para realizar una vida sana y útil,<sup>46</sup> ambos fines básicos de la justicia restaurativa.

Por su parte, la regla 18.1 ordena: “Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones”. Entre tales decisiones, algunas de las cuales se pueden aplicar simultáneamente, se prevén las siguientes: *a)* órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; *b)* libertad vigilada; *c)* órdenes de prestación de servicios a la comunidad; *d)* sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones, etcétera.

### 3. *Recomendaciones de organismos europeos*<sup>47</sup>

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha emitido varios documentos cuya pauta común, según la doctrina, es “alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y mediación desde el primer momento, con la intervención policial y la colaboración de los servicios de protección de menores”;<sup>48</sup> se enumeran, entre otros, los siguientes:

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 431.

<sup>47</sup> Altamente significativa para los derechos del menor es la Convención de Estrasburgo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores. No me refiero a ella porque la Convención regula esencialmente los derechos que derivan de sus relaciones de familia, en particular los relativos a la patria potestad y derecho de residencia y de visita. Véase el breve comentario de Fioravanti, Cristiana, “I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l’entrata in vigore, per la Repubblica italiana della Convenzione di Strasburgo”, *Le nueve leggi civili comentate*, 2003-3, p. 561.

<sup>48</sup> Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 78.

1) La recomendación 11/85 del 28 de junio de 1985, referida a la posición de la víctima en el proceso penal. Este documento ha tenido mucha influencia en la legislación europea; veintidós países modificaron su ley; Inglaterra, Gales y Holanda fueron quienes mejor la instrumentaron. Malta, Chipre, Grecia y Turquía, países donde la justicia restaurativa tiene poco desarrollo, son también los que tienen las legislaciones con un esquema de protección más débil.<sup>49</sup>

2) La recomendación sobre “reacciones sociales a la delincuencia juvenil” (*Recommendation on Social Reactions to Juvenile Delinquency*), R (87) 20, del 17 de septiembre de 1987, reconoce que la educación y la integración social pueden ser las llaves características del sistema penal juvenil; urge a los Estados miembros revisar su legislación y su práctica, especialmente para que los jóvenes no sean juzgados por los tribunales de mayores; afirma que la comunidad debe involucrarse en las políticas, y recomienda el desarrollo de la desjudicialización y la mediación a nivel del órgano de persecución, o de la policía, según sea competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en el sistema de justicia penal y sufran sus consecuencias. En tal sentido dispone:

## II. Desjudicialización y mediación...

2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los jóvenes ser asumidos por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos.

3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos: *a)* se asegure la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia; *b)* se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del menor.

## III. Justicia de menores...

4. Asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos para que ella pueda tener una acción educativa eficaz.

<sup>49</sup> Weitekamp, E., “Mediation in Europe: Paradoxes, Problems and Promises”, en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, cit., nota 1, p. 151.

5. Evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existen jurisdicciones de menores.

6. Evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores y, en todo caso, alentar a las autoridades competentes a controlar las condiciones en las que aquella se desarrolla...

9. Alentar la adopción de disposiciones para que todas las personas que intervienen en las diversas fases del procedimiento (policía, abogados, procuradores, jueces, trabajadores sociales), tengan una formación especializada en el ámbito del derecho de menores y de la delincuencia juvenil.

3) La recomendación R (99) 19, titulada “Mediación en asuntos penales” (*Mediation in Penal Matters*)<sup>50</sup> marca las siguientes líneas:

- a) La legislación debe facilitar la mediación en asuntos penales.
- b) La mediación penal debe ser un servicio a disposición de los sujetos procesales.
- c) Debe permitirse en cualquier estadio del proceso penal.

De cualquier modo, no debe ser tan temprana que impida al imputado saber cuáles son los hechos que se le imputan; en tal sentido, dispone que “los hechos relevantes del caso normalmente tienen que ser conocidos por ambas partes como presupuesto de la mediación” (*the basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation*).

Tampoco debe ser tan tardía que la mediación se convierta en una simple alternativa de la pena y deje de ser una alternativa del proceso. Por eso, la doctrina interpretativa de la recomendación señala que es preferible al comienzo del proceso, después de conocer los hechos, cuando ni la víctima ni el imputado han sufrido el proceso de estigmatización.

- d) La mediación penal debe tener suficiente autonomía dentro del sistema penal.

Consecuentemente, si la mediación fracasa, los hechos reconocidos no pueden ser usados durante el proceso posterior como prueba

<sup>50</sup> Para un análisis completo de la recomendación, *cf.* Patanè, Vania, “Note a margine della Raccomandazione N. R. (99) 19 nella prospettiva della «mediazione» nella giustizia penale italiana”, *Annali della Facoltà di Economia dell’Università di Catania*, XLV, 1999. Véanse, también, Scardaccione, Gilda *et al.*, *La mediazione penale*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 43; Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, *cit.*, nota 31, p. 399.

de culpabilidad (*Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*). Para que esto sea posible, se exige en el mediador alto grado de confidencialidad, imparcialidad y neutralidad.

- e) Las partes tienen derecho a ser asistidas por un abogado.
- f) La víctima tiene los siguientes derechos: ser informada del proceso; tomar conocimiento de todo lo que le concierne dentro de él; obtener asistencia adecuada durante todo el procedimiento; tener la posibilidad de minimizar cualquier inconveniente y maximizar su protección; evitar retardos inútiles; sensibilizar a aquellos que se ocupan de las necesidades de la víctima.

En definitiva, este importante documento:

- Recomienda que los Estados miembros tiendan a recurrir cada vez más a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al proceso judicial.
- Reconoce la necesidad de posibilitar en el procedimiento penal una participación personal activa de la víctima, del delincuente, y de todos aquellos implicados como parte, así como la implicación de la comunidad.
- Declara el interés legítimo de las víctimas a poder expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente, y obtener de éste una disculpa y una reparación.
- Afirmar la importancia de reforzar en los delincuentes el sentido de la responsabilidad y darles la oportunidad de reivindicarse.
- Reserva a la autoridad judicial la decisión y la valoración de si conviene o no el proceso de mediación por lo que, en definitiva, excluye implícitamente una radical alternativa excluyente entre proceso judicial penal y mediación.<sup>51</sup>
- Reafirma la importancia de la claridad, necesaria para que sea posible dialogar.

4) La decisión del Consejo del 15 de marzo de 2001, denominada “Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal”, dispone en el artículo 10:

<sup>51</sup> Patanè, Vania, *op. cit.*, nota anterior, p. 829.

“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”. Sin embargo, se pospone hasta el 22 de marzo de 2006 la obligación de adoptar las reformas legales y administrativas necesarias a tal fin. Algunos autores sostienen que este diferimiento temporal supone una posición político-criminal más bien tibia, que puede tener efectos de alguna significación en procedimientos relativos a infractores adultos; en el juvenil, en cambio, no tendrá efectos negativos porque medidas ya existen en la mayoría de las leyes de los países europeos.<sup>52</sup> De cualquier modo, hay que resaltar que la decisión pone el acento en la igualdad de todos los ciudadanos, al ofrecer a las víctimas iguales derechos, independientemente del lugar en que se encuentren; en tal sentido dispone que “cada Estado debe prever en el sistema judicial un rol efectivo y apropiado a las víctimas”.

#### 4. Reglas que subyacen en todos estos documentos

Del conjunto de los documentos internacionales mencionados surgen las siguientes reglas:<sup>53</sup>

- Subsidiariedad de la acción de la justicia penal: es necesario adelantarse a tomar medidas positivas a fin de reducir la necesidad de intervención de la ley.
- Especialización y profesionalización de la justicia penal juvenil y de las personas que la integran.
- Proporcionalidad de la intervención penal. El sistema de justicia penal juvenil exige que la reacción frente a los delincuentes sea proporcionada a las circunstancias del delito pero, especialmente, a las propias de los infractores.
- Tratamiento eficaz, equitativo y humano de los jóvenes en conflicto con la ley.
- La noción de privación de libertad debe ser interpretada en forma amplia. Es privación de libertad toda forma de detención, de en-

<sup>52</sup> Tumarit Sumalla, Joseph, “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor”, en González Cussac *et al.* (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, cit., nota 6, p. 52.

<sup>53</sup> Lazerges, Christine, “Quel droit penal des mineurs pour l’Europe de demain?”, *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, París, Litec, 1992, p. 436.

carcelamiento y de puesta de un menor en un establecimiento público o privado del que no está autorizado a salir por su sola voluntad sino sólo con orden de una autoridad judicial, administrativa o de cualquier otra naturaleza. La privación de la libertad es siempre una medida excepcional. La hipótesis de ubicación con fines educativos no hace excepción a lo expuesto.

## VII. INTERESES QUE LA JUSTICIA RESTAURATIVA INTENTA AMPARAR. PROPÓSITOS O FINES GENERALES

Resulta difícil sintetizar las muy diversas opiniones existentes sobre los intereses amparados y fines perseguidos por la justicia restaurativa. Es necesario aclarar que los fines que paso a enunciar no se excluyen unos con otros; además, que la justicia restaurativa no fracasa por el hecho de que en un supuesto se haya cumplido uno y no otro.

- a) En general, los autores coinciden en que la justicia restaurativa intenta proteger tanto el interés de la *víctima* (el ofensor debe reconocer el daño producido e intentar repararlo) cuanto el de la *comunidad* (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal)<sup>54</sup> y el del *imputado* (no entrará en el circuito penal, pero le serán respetadas las garantías constitucionales).
- b) Los intereses antes mencionados están correlacionados, pero la justicia restaurativa está orientada, de alguna manera, prioritariamente, a la satisfacción de las necesidades de la víctima, quien, a través del ilícito, ya vivió la experiencia de la “victimización”.<sup>55</sup> La pregunta

<sup>54</sup> Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, p. 9.

<sup>55</sup> Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 310. Recientemente, en protección de la víctima menor de edad y para evitar la victimización, la República Argentina ha sancionado la ley 25.852, publicada el 8 de enero de 2004, que modifica el Código Procesal Penal de la nación. Los textos actualmente vigentes dicen: “*Artículo 250 bis*. Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con

central no es: ¿quién debe ser sancionado?, ¿con qué pena?, sino ¿qué debe hacerse para reparar el daño?

El hecho de la que justicia debe atender a las necesidades de la comunidad no debe conducir a reducir la justicia a la idea de *pena* justa, *tratamiento individualizado*, o *control del crimen*. La justicia debe ser vista también como una vía o remedio para reparar las heridas, y cuando el imputado paga los daños producidos no como una pena (que debilita aún más sus lazos con el mundo adulto), sino a través de un verdadero acercamiento que ha tenido con la víctima, es mayor la posibilidad de preservar su propia dignidad.<sup>56</sup>

- c) Los intereses de naturaleza económica, como integrantes de intereses comunitarios, no deben descartarse ni minusvalorarse. Muchos programas de los Estados Unidos nacieron para disminuir el número de expedientes de la justicia penal juvenil, y para bajar los costos, dado que se utilizan familias sustitutas y otros recursos comunitarios que no pesan sobre el presupuesto del Estado.<sup>57</sup>

los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado”.

“*Artículo 250 ter.* Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal, previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis”.

<sup>56</sup> Bazemore, Gordon, “A Vision for Community Juvenile Justice”, *Rev. Juvenile and Family Court Journal*, vol. 49, núm. 4, 1998, p. 72.

<sup>57</sup> Sturges, J., “Westmoreland County Youth Commissions: a Diversionary Program Based on Balanced and Restorative Justice”, *Rev. Juvenile and Family Court*, vol. 52, núm. 3, 2001, p. 1. La autora afirma que éstos fueron los dos fines principales perseguidos, hace 35 años, cuando en el condado de Westmoreland, estado de Pennsylvania, su Primera Comisión para Jóvenes creó estos programas alternativos a los procesos judiciales. Afirma, sin embargo, que los programas actuales no tienen similitud con los prime-

La disminución de los costos del Estado no es un fin malo en sí mismo si persigue la mejor distribución; frente a la escasez, incluso, existe la obligación moral de distribuir bien. La mala distribución es manifiesta en la mayoría de los países de América Latina. Así, por ejemplo, en Nicaragua una investigación arrojó un dato muy curioso: el costo por niña-niño o adolescente privado de la libertad era de doscientos dólares por mes, siendo que el ingreso familiar de cada uno de ellos no llegaba a cincuenta dólares; o sea, el Estado y la sociedad invertían en el internamiento o encierro de personas casi cinco veces los ingresos de toda la familia, que, por otra parte, apenas les alcanzaba para comer.<sup>58</sup>

Ante el crecimiento de las cifras de criminalidad, en Alemania se reconoce que una importante función de la *diversion* es reducir el número de casos a resolver por los tribunales; dicho en otras palabras, la desjudicialización constituye un medio para mantener constante la carga de trabajo de la administración de justicia.<sup>59</sup> En suma, aunque aliviar la carga de la justicia no sea el único fin perseguido, no puede descartárselo como uno de los buscados,<sup>60</sup> especialmente si se tiene en consideración que este método puede llevar a que la justicia se ocupe principalmente de aquellos casos severamente graves, donde fracasan los otros remedios. Piénsese que este resultado es el que busca el principio de intervención mínima, como he dicho, plenamente aplicable a la justicia penal juvenil.

d) También se persigue disminuir la población carcelaria.<sup>61</sup> Este fin fue expuesto por Schafer en 1970, y aunque sus ideas fueron criti-

ros. La mayoría de estos programas son educativos y se centran, casi especialmente, en el ofensor. Señala la importancia de la participación de la comunidad, sin la cual ninguno de estos programas es posible.

<sup>58</sup> Cuaresma Terán, Sergio, "La justicia penal de adolescente en Nicaragua", *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 5, 2000, p. 27.

<sup>59</sup> "Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea", *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, cit., nota 31, p. 153.

<sup>60</sup> Queralt, Joan, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación", *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 149.

<sup>61</sup> Para una crítica a esta visión, véase Pavarini, Massimo, "Descarcerización y mediación en el sistema penal de menores", *Nueva doctrina penal*, 1998/A, p. 111.

cadass, siguen ejerciendo influencias dentro del movimiento que impulsa la justicia restaurativa.<sup>62</sup> En efecto, las cárceles sólo hacen crecer las tasas de criminalidad; son “universidades donde se enseñan nuevas técnicas para delinquir”; sirven para aislar al delincuente e impedirle, más o menos, por un tiempo, no realizar actos ilícitos mientras está en la prisión, pero nada más; no hace falta compartir la tesis del “abolicionismo” para verificar la ineficacia de la pena privativa de la libertad; es inevitable, pues, que al analizar el tema de la justicia restaurativa y sus programas, se mencione el rotundo fracaso del sistema carcelario.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Una crítica a la tesis de Schafer se encuentra en Weitekamp, Elmar, “Research on Victim-Offender Mediation. Findings and Needs for the Futures”, *op. cit.*, nota 12, p. 110. Por su parte, en opinión de Pavarini, las tasas de carcerización no tienen relación ni con la evolución de la criminalidad (ya sea aparente o real) ni con el marco normativo de referencia (mayor o menor número de supuestos legales de *diversion*, de penas sustitutivas y de modalidades alternativas a la pena privativa de libertad). Por el contrario, parecen responder directa e indirectamente a cómo se construye socialmente el reclamo de penalización. Pavarini, Massimo, *op. cit.*, nota anterior, p. 120.

Es interesante señalar que un autor defensor de la justicia restaurativa señala, entre los argumentos en contra del encierro como pena, que las cárceles aparecieron recién en el siglo XVI y que la prisión se convirtió en la principal forma de punición recién en el siglo XVIII (Beristain, Antonio, “La médiation pénale: entre répression, réparation et création”, *La médiation pénale, cit.*, nota 27, p. 146). Para el análisis histórico de las cárceles, véase Burillo Albacete, Fernando, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Madrid, Edersa, 1999; Buján, Javier A. y Ferrando, Víctor H., *La cárcel argentina. Una perspectiva crítica*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 25 y ss.; Neuman, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires, Pannedille, 1971. Dice Neuman: “La antigüedad desconoció a la privación de la libertad, estrictamente considerada, como sanción penal; si bien desde tiempos inmemoriales existió el encierro, no lo es menos que sirvió, hasta las postrimerías del siglo XVIII, a los fines de contención y guardia de la persona física del reo. Se lo utiliza como una verdadera antecámara de suplicios donde depositar al acusado a la espera de juzgamiento. Así fue conocido en los diferentes países de Oriente y Medio Oriente: China, Babilonia, Persia, Egipto, Arabia, India, Japón e Israel. Resulta curioso comprobar que en las civilizaciones precolombinas también la cárcel fue lugar de guardia y tormento. Ni los propios romanos, que al decir de Carrara fueron «gigantes en el derecho civil y pigmeos en el derecho penal», cociplieron el encierro más que como aseguramiento preventivo” (p. 20).

<sup>63</sup> Véase, en este sentido, Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal, cit.*, nota 4, p. 20. Amplias referencias estadísticas sobre la evolución de la pena privativa de libertad en Europa entre 1988 y 1993 se encuentran en Jiménez-Salinas y Colomer, Esther, “La mediación penal en pret comparat”, *La mediación penal*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1999, pp. 90-93. La bibliografía sobre las penas sustitutivas de la prisión es también muy extensa. Véase, entre otros, Serrano Pascual, Mariano, *Las for-*

Por lo demás, la situación de los jóvenes y niños privados de la libertad ha sido y es gravemente lesiva de sus mínimos derechos, a punto tal que las Naciones Unidas dictaron las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. El preámbulo de estas Reglas describe la situación sin tapujos:

*Alarmado* por las condiciones y circunstancias en que los menores están siendo privados de su libertad en todo el mundo;

*Consciente* de que cuando los menores se encuentran privados de libertad son sumamente vulnerables a los malos tratos, a la victimización, y a la violación de sus derechos;

*Preocupado* por el hecho de que muchos sistemas no establecen una diferenciación entre adultos y menores en las distintas fases de la administración de justicia y, en consecuencia, los menores están detenidos en prisiones y centros junto con los adultos.

- e) Muchos autores que propician la justicia restaurativa afirman que los programas disminuyen la tasa de reincidencia; que hasta ahora hay menos reincidencia entre los menores sometidos a la justicia restaurativa que a la justicia común. Así lo admitió un artículo aparecido en el diario *The Times*, que reconoce el origen de esta práctica en las costumbres de los pueblos maorí en Australia y Nueva Zelanda.<sup>64</sup>

Normalmente, para medir estos resultados, los estudios toman la tasa de reincidencia en los dos años posteriores a la condena; otros usan un año.<sup>65</sup> Sin embargo, evaluar las estadísticas en esta materia es muy difícil, por lo que debe tenerse mucha precaución con los datos que se manejan. Verificar el índice de reincidencia y de nue-

*mas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*, Madrid, Trivium, 1999; Cid, J. y Larrauri, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.

<sup>64</sup> Citado por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, cit., nota 11, p. 21.

<sup>65</sup> Maxwell, G. y Morris, A., "Family Group Conferences and Reoffending", en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, cit., nota 1, pp. 243 y ss. No obstante estas dificultades, existen importantes estudios empíricos sobre la cuestión. Véase Miers D. et al., *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, pp. 42-60.

vas condenas es una manera de medir el éxito de las políticas criminológicas. La nueva condena es sólo una parte, porque hay gente que reincide pero no es detectada; otros han sido detectados pero no han sido condenados. Por otro lado, si la policía focaliza su actividad en determinados individuos, determinados crímenes o determinadas localidades, algunas personas tienen más chances de ser condenadas como reincidentes que otras.

- f) Para algunos, la justicia restaurativa también persigue reinserción del infractor dentro de la sociedad. Moberly<sup>66</sup> sostiene que la justicia retributiva tradicional se ha preocupado poco o nada por reintegrar a quien cumplió la pena a la sociedad. No obstante, recuerda que últimamente en Canadá y Gran Bretaña se han creado los llamados “círculos de soporte y responsabilidad”, que apoyan incluso a los condenados por delitos sexuales (incluida la pedofilia, tan difícil de aceptar por la comunidad); estos círculos sirven de apoyo a quien cumplió la pena, pero fundamentalmente de control de su conducta, de modo tal que la sociedad se siente más tranquila, porque lo sabe custodiado por el círculo; el vecindario vive tranquilo, aunque el ex convicto haya vuelto, pero esto no significa que él está ciertamente reinsertado.
- g) La justicia restaurativa no tiene por fin el abolicionismo; no cree que algún día las penas serán suprimidas; sin embargo, persigue que sean disminuidas. De cualquier modo, la influencia de las ideas abolicionistas son claras en la justicia restaurativa, filosóficamente basada en la crisis de la concepción retributiva de la pena, y en la convicción de que las penas tradicionales tampoco evitan conductas futuras similares, sea del infractor o de cualquier otro miembro de la comunidad (teorías utilitaristas).<sup>67</sup> Dicho de otro modo, no aban-

<sup>66</sup> Citado por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 103.

<sup>67</sup> Scardaccione, Gilda *et al.*, *La mediazione penale, cit.*, nota 50, p. 7. Sobre abolicionismo en general, véase, especialmente, *Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1980 (trad. de Ciafardini y Bondanza, Buenos Aires, Ediar, 1987); Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984; Christie, Nils, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, Gruppo Abele, 1985; varios autores, *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989 (en este libro, véanse los trabajos de Scheerer, Sebastián, “Hacia el abolicionismo”; Steinert, H., “Más allá del delito y de la pena”; Folter, Rolf S., “Sobre la fundamentación metodo-

dona completamente el ideal rehabilitativo, pero se funda en la crisis de la eficacia de la pena, tal como está instrumentada en el derecho penal actual. De algún modo, el abolicionismo constituye un paso más allá, pues sueña con una sociedad no sólo sin prisiones sino también sin derecho penal; la larga lista de deficiencias y nocividades del sistema penal conduce a los defensores del abolicionismo a negar cualquier efecto positivo de la intervención punitiva, tanto respecto de las víctimas como de los infractores y de la sociedad.<sup>68</sup>

## VIII. UN FIN ESENCIAL. LA REPARACIÓN

### 1. *La solución tradicional*

Prácticamente todos los códigos civiles contienen normas según las cuales los padres responden por los hechos de los hijos menores (en la Argentina, véase el artículo 1114 del Código Civil). De modo similar al tradicional, pero con límites, el legislador canadiense de Ontario ha introducido una responsabilidad civil de los padres por daños en caso de vandalismo, daño a las cosas, etcétera, de hasta 6,000 dólares canadien-

lógica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal”; Hulsman, Louk, “La criminología crítica y el concepto de delito”; Mathiesen, T., “La política del abolicionismo”; Christie, Nils, “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”; Mathiesen, T., “Comentario sobre el poder y abolicionismo”). También puede verse Sarrulle, Óscar E., *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Universidad, 1998; Sánchez Romero, Cecilia y Houed Vega, Mario, *La abolición del sistema penal*, San José de Costa Rica, Editec, 1992; Riquert, Marcelo A., *Una mirada crítica sobre los sistemas penales: derecho penal mínimo y abolicionismo penal*, ED 169-1139; Tieghi, Osvaldo N., *El abolicionismo, el abolicionismo radical y el abolicionismo institucional*, JA 1995-IV-882. Para las relaciones entre abolicionismo y mediación, véase Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, *cit.*, nota 4, p. 35. Para las relaciones entre abolicionismo y víctima, Laborde, Daniel M., *Víctima, proceso y abolicionismo penal*, LL 1996-A-1182; Roig Torres, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 445. Se ha dicho que el abolicionismo no es siempre directo y abierto sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto. Tal sucede con la irrupción en el derecho penal de ciertos planteamientos respetuosos para con la víctima (Queralt, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación”, *op. cit.*, nota 60, p. 148).

<sup>68</sup> Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura a una nueva vía?*, Granada, Comares, 1999, p. 13.

ses, de la que los padres sólo quedan exentos si logran demostrar que han cumplido adecuadamente sus obligaciones de vigilancia y educativas. También el decreto legislativo 899 del Perú, de mayo de 1998, que regula “el pandillaje pernicioso”, establece que los padres, tutores, apoderados o quienes detentan la custodia de los adolescentes que sean pasibles de las medidas a que se refiere la norma, serán responsables solidarios por los daños y perjuicios ocasionados.

Esta respuesta beneficia a la víctima, a quien la ley intenta encontrar un responsable solvente, pero el resultado no siempre se produce, pues muchas veces el delincuente juvenil emana de sectores socialmente perjudicados, por lo que la norma, en definitiva, afecta a padres de solvencia muy limitada. Por otro parte, la responsabilidad de los padres puede someter la convivencia familiar a tensiones aún mayores a las que existían antes de la infracción. La salida puede venir por el lado de la justicia restaurativa, que intenta responsabilizar al propio menor.<sup>69</sup>

## 2. Una idea preliminar básica

La primera cuestión es alertar sobre el uso de las palabras. En la teoría de la justicia restaurativa, reparar no significa, como en la teoría general del derecho de daños, *compensar económicamente el daño causado*; la reparación tiene un valor mucho más profundo; sobre todo, tiene un “espesor ético que la hace más compleja que el mero resarcimiento”;<sup>70</sup> por eso, sobrepasa la idea de reparación material entre dañador y dañado; idealmente, comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y el dañador, entre la víctima y la comunidad, y entre el dañador y la comunidad. En otros términos, la reparación del dañador a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego. Esta perspectiva reconoce la confluencia de varios principios desde que la reparación intenta, al mismo tiempo, recuperar el papel de la víctima en el proceso, consolidar la función pacificadora del derecho penal, y resocializar al delincuente.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Dünkel, “Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea”, *La responsabilidad penal de los menores...*, cit., nota 31, p. 134.

<sup>70</sup> Ceretti, A. et al., *op. cit.*, nota 14, p. 310.

<sup>71</sup> Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 220; Lewis, María M., “Principios de legalidad y oportunidad en la mediación penal”, en Fellini Zulita (dir.), *Mediación penal*.

Se trata de un concepto amplio de reparación que atiende no sólo al resultado sino a todo el proceso. Comprende la reparación *material* (devolver lo robado, volver las cosas al estado anterior a la destrucción de la cosa, etcétera), pero también curar la aflicción producida a la víctima: muchas veces, para ella la conciencia de la responsabilidad seguida de una demostración de arrepentimiento sincero de parte del autor es de capital importancia; la simple participación en una reunión restaurativa le da la ocasión de comunicarse directamente con el autor; a veces, respuestas a ciertas preguntas pueden traer tranquilidad (por ejemplo, ¿es que yo fui señalada, elegida específicamente para este hecho?). Investigaciones practicadas en muchos países muestran que normalmente las víctimas son menos punitivas hacia los delincuentes juveniles de lo que podría pensarse. Una reunión, bien organizada, debería llevar a determinar las causas de la delincuencia y a identificar los medios existentes en la comunidad útiles para la rehabilitación o el tratamiento del autor. En el mejor de los casos, debería restaurar la relación del autor con su familia (normalmente alienada por su delincuencia), la víctima (que se convierte en una persona conocida, digna de respeto, en lugar de ser una fuente desconocida de los beneficios del crimen) y la comunidad (que expresa su disconformidad con los problemas generados por el delito). Sin embargo, no hay que caer en un idealismo que no responde a la realidad. Una entrevista entre la víctima y un autor manipulador puede ser desastrosa para las víctimas.<sup>72</sup>

Suzanne Retzinger y Thomas Scheff<sup>73</sup> van más allá, y distinguen dos tipos de reparación: *a)* material, y *b)* simbólica.

*Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 123; en esta misma obra, Oberlander, Cinthia R., "Flexibilización del principio de legalidad" (p. 135), y Moyano, Fabio A., "Evolución histórica del modelo conciliatorio" (p. 107). Uso la expresión "*principio de oportunidad*" sin desconocer la dificultad en dar una definición clara y taxativa de lo que debe entenderse por principio de oportunidad, no existiendo tampoco uniformidad en la doctrina, a punto tal que un autor ha señalado que este principio se está convirtiendo en un cajón de sastre en el que cabe cualquier instrumento penal o procesal aunque nada tenga que ver con el ejercicio de dicha oportunidad (De la Oliva Santos, citado por Serrano Pascual, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*, Madrid, Trivium, 1999, p. 191).

<sup>72</sup> Bruce, Archibald, *op. cit.*, nota 5.

<sup>73</sup> Citados por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 117.

La reparación *material* supone un acuerdo, al que llegan ambas partes (una oferta y aceptación de una suma determinada o de prestación de servicios específicos). La reparación *simbólica* es un proceso menos visible, y consiste en la secuencia central, el corazón de la medida (*core sequence*): el ofensor expresa una vergüenza genuina por lo hecho y remordimiento por sus acciones. En respuesta, la víctima da, como mínimo, un primer paso hacia el perdón. Los autores, claramente, dan más importancia a la reparación simbólica que a la material. Sin la simbólica es muy difícil llegar a la material. Sin embargo, reconocen que es difícil alcanzar una reparación simbólica auténtica y depende, muchísimo, de la dinámica de la reunión.

### 3. *Finalidad educativa de la reparación*

Los objetivos de la reparación son educativos y se inscriben en un proceso de responsabilización del joven infractor.

El joven infractor debe tomar conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación para él, para la víctima y para la sociedad toda. Tomar conciencia de lo prohibido es la primera etapa necesaria para la responsabilización del joven. El adolescente, como el niño, tiene necesidad de normas para estructurarse; busca que se le pongan los límites necesarios para su maduración, y la reparación se presenta como una de las respuestas posibles para el delito cometido. La mayor parte de los jóvenes infractores, en el momento del acto, no tienen conciencia del perjuicio que causan. El discurso educativo tendente a negar el delito y a considerar al menor como una víctima ha contribuido fuertemente a ese resultado. Mantener al joven en este estado de irresponsabilidad favorece a la reincidencia y priva al adolescente delincuente de la posibilidad de vivir su angustia, elaborarla y liberarse. La reparación debe facilitar esta toma de conciencia del acto cometido y de los perjuicios causados.

Por eso, al fijar el modo de reparar, es importante conocer aquello que puede motivarlo, atraerlo, interesarlo, o que simplemente puede estar dispuesto a descubrir. Dice Alain Cruel, presidente del Tribunal de Menores de París: una actividad en beneficio de la comunidad debería tener una relación evidente en su esencia con la infracción cometida, o inscri-

birse en acciones con un alto contenido de solidaridad (protección de los más débiles, del medio ambiente, del tercer mundo) que puedan movilizar la generosidad latente de los jóvenes y a las que éstos pueden adherirse plenamente. Siempre que ello sea posible, y siguiendo esta reflexión, es importante que la actividad en la que se implique tenga relación con los hechos delictivos en los que ha asumido responsabilidad. Esto fomentará en el joven la toma de conciencia de las consecuencias de sus actos, a la vez que potenciará en él actitudes responsables.<sup>74</sup> Atribuyendo un contenido valorizante a la prestación, la reparación hace pasar al joven de la deuda a la entrega, ayudándolo así a reconstruir su propia imagen.

Insistiendo en este aspecto, Milburn sostiene que la reparación no consiste, esencialmente, en que el joven contribuya a volver las cosas al estado en que se encontraban antes de ocasionar el daño, sino a que vuelva a encontrar la paz con el ambiente social y que se restaure el lazo roto con la sociedad y sus normas. No se trata de borrar el acto trasgresor sino de reconocerlo. Por eso, la reparación no es una mediación penal, vuelta hacia el daño causado a la víctima, ni un trabajo de interés general ni una amonestación legal, aunque pueda tomar un aspecto de todos ellos. Se traduce, en su contenido educativo, en una serie de medios, con un educador, y en una actividad que puede ser realizada en favor de la víctima, si la situación se presta, a través de un servicio educativo. La noción de actividad es esencial y no consiste en un trabajo que tenga un mero o simple valor disuasivo sino en una actividad que procure educar al joven.<sup>75</sup>

Fuertemente restauradora de los lazos sociales lesionados por el acto agresivo, la reparación inicia el camino del delincuente que lo conduce de la violencia hacia los demás, o hacia sí mismo, al amor al otro, o a sí mismo. Las medidas restaurativas, al igual que las educativas, son siempre revisables y de una gran variedad y riqueza evidente. Consecuentemente, si se muestran insuficientes para detener el comportamiento del menor cuya personalidad criminopática aparece estructurada, o en curso de consolida-

<sup>74</sup> Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, cit., nota 31, p. 410.

<sup>75</sup> Milburn, Philip, *La réparation pénale à l'égard des mineurs*, París, Mission de recherche Droit et Justice, núm. 1, 2002, pp. 9-10 (el autor no es jurista sino un investigador en sociología en la Universidad de Metz, Francia. Por eso, en esta obra se encuentra muchos datos estadísticos relativos al uso de las medidas en Francia).

ción, o si las circunstancias lo exigen, las respuestas estrictamente penales pueden y deben intervenir.<sup>76</sup>

#### 4. *A quién beneficia la reparación material*

En la medida de lo posible, la reparación debe beneficiar a la víctima. Desde el punto de vista teórico, esta solución se presenta como la más adecuada; pero las cosas no siempre son sencillas, y la respuesta depende de varios factores, tales como el interés de la víctima, la naturaleza de la infracción (robo, violencia, etcétera), la disponibilidad de la víctima a la reparación, el riesgo de comportamiento excesivo de parte de la víctima o de sus representantes, etcétera.

Algunos autores distinguen entre víctima persona física y otras víctimas. Las personas físicas normalmente están preocupadas por la reparación del perjuicio sufrido y muchas son reticentes a tratar directamente con el autor; tienen muchas razones para no querer implicarse en el proceso: miedo a la represalia, necesidad psicológica del olvido de lo que han vivido, indiferencia, falta de disponibilidad de tiempo, o de facilidades, etcétera. Las cosas pueden ser diferentes cuando la dañada es una persona jurídica (privada o pública). Cuando es una persona jurídica privada, la reparación directa depende de la naturaleza de la infracción. No siempre es fácil “reparar” un hurto, y una actividad educativa y pedagógica se muestra netamente como más apropiada. Por eso, la solución restaurativa puede ser fácilmente justificable siempre que los representantes de la víctima (comerciantes, empleados, habitantes) reconozcan el valor educativo de la actividad y no la consideren como una punición cuya ejecución se perdona a la víctima. Otro tanto ocurre cuando es una persona jurídica pública. El hecho de que la reparación sea en favor del municipio dañado facilita el establecimiento de lazos educativos entre el perjuicio y la actividad.

Desde otra perspectiva, se afirma que la reparación también opera en favor del trasgresor, porque se da cuenta del verdadero daño causado y le ayuda en el proceso de reinserción social; disminuye la indignación hacia él de la víctima y del público; puede, incluso, llegarse a ganar el res-

<sup>76</sup> Cario, Robert, “Entre virtualité de l’éducatif et réalité du répressif. Les spécificités de la prise en charge judiciaire des jeunes délinquants”, en Nérac Croisier, Roselyne (dir.), *Le mineur et le droit penal*, París, L’Harmattan, 1998, pp. 187 y 191.

peto; en suma, reparar puede convertirse en una especie de proceso de redención que le impida equivocarse nuevamente.

### 5. *Diferencia entre algunas medidas rehabilitativas de jóvenes delincuentes y los programas de la justicia restaurativa*

Objetivamente, muchas medidas tomadas por un juez tradicional pueden no diferir de las que se toman a través de programas de justicia restaurativa. Por ejemplo, trabajar en un programa que evite la reincidencia es un instrumento muchas veces aceptado por las víctimas, desde que se contentan con el hecho de que el joven no vuelva a cometer el mismo ilícito ni con ellas ni con otras personas. Esta alternativa es muy parecida a la rehabilitación, que está en otros sistemas, por lo que no se necesitaría hablar de justicia restaurativa; la diferencia está en que en la justicia restaurativa la reparación incluye la idea de que el ofensor se siente *realmente responsable* y muestra un *arrepentimiento activo*.

De allí que algunos autores italianos<sup>77</sup> mencionen como primer objetivo de la justicia restaurativa el reconocimiento del infractor a la víctima de su propia responsabilidad; a través de ese reconocimiento, la parte dañada debe poder sentir que gana nuevamente el control sobre su propia vida y sobre sus propias emociones, superando gradualmente los sentimientos de venganza, rencor y desconfianza hacia la autoridad que debió tutelarla. Consecuentemente, cuando se habla de la reparación de la ofensa, se lo hace desde su dimensión global: además del componente estrictamente económico del daño, debe ser valorada la dimensión emocional de la ofensa que puede ser causa de inseguridad colectiva y que puede inducir al ciudadano a modificar sus hábitos de conducta. Todo esto sin perder de vista el principio de proporcionalidad y sin caer en forma de retribución disfrazada, desde que el comportamiento requerido al autor no está impuesto en función aflictiva sino reconciliativa, reparativa.

Pero lo que distingue realmente ambas medidas es el *consentimiento* del joven infractor al programa restaurativo; ese consentimiento es el que permite “transformar al delincuente de sujeto pasivo en sujeto activo de su sanción”. El imputado no *sufre* la sanción sino que la consiente. Pero a su vez, la reparación del menor no resultará de su sola adhesión, sino que requiere de la voluntad de otro.

<sup>77</sup> Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 311.

## 6. Actividades posibles

Las actividades a desarrollar por el joven infractor pueden ser muy variadas: limpieza en los centros de socorro de bomberos; cuidado de espacios verdes públicos; cuidado de bosques; instalación de decoraciones para navidad para el municipio; trabajo en correos; ayuda en cocinas populares; acompañamiento de personas ancianas o discapacitados; preparación de niños en competencias deportivas; organización de bibliotecas; limpieza en un cine; acompañamiento de perros; trabajos en casa de la víctima; acompañamiento a grupos de toxicómanos y prevención de la droga, etcétera.

Milburg dedica el capítulo sexto de su libro a contar el caso de un chico que asiduamente arruinaba los muros públicos y privados con pinturas de todo tipo; durante quince días, acompañado por un empleado del municipio que lo controlaba, puso y renovó carteles indicadores en las rutas, pintó las pistas de atletismo de un campo comunal, hizo trabajo de manutención en almacenes, como recibir y embalar mercaderías, limpió el frente del supermercado que había dañado, etcétera.<sup>78</sup> Relata luego lo que cada interviniente sintió al cumplirse la medida: la educadora, el dueño del supermercado, el jefe de la oficina municipal, el joven, los padres, etcétera. Llega a la conclusión de que el acuerdo celebrado con el municipio fue altamente educador para el joven, quien de este modo sanó los vínculos afectados por la infracción cometida.

De cualquier modo, se debe ser muy cauteloso; algunas son tan simbólicas que no son aceptadas como serias; otras son denigratorias (por ejemplo la propuesta de que el autor use una camiseta que diga “Soy un ladrón” jamás podría ser admitida, porque no reeduca ni reintegra)<sup>79</sup> y, consecuentemente, deben ser rechazadas de plano.

## IX. IDEA FILOSÓFICA QUE SE ENCUENTRA A LA BASE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

En el nuevo milenio, la mayoría de las democracias occidentales parecen haber superado la opción “liberalismo clásico o asistencialismo diri-

<sup>78</sup> Milburn, Philip, *op. cit.*, nota 75, p. 138.

<sup>79</sup> Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 58.

gista del Estado providencia”; ambos sistemas se presentan igualmente perimidos e inadecuados para las necesidades sociales *posmodernas*. Se privatiza (siguiendo las ideas liberales), pero se advierte la necesidad de un control descentralizado y participativo generándose lo que ha dado en llamarse un *derecho reflexivo*. Habermas enseña que la crisis de motivación y de legitimidad debe ser resuelta a través de la reconstrucción del consenso. Su discurso ético se caracteriza por la necesidad de instalar *procedimientos* que aseguren que ese consenso puede ser alcanzado sin fuerza, manipulación o engaño; sólo así el resultado de estas deliberaciones tiene validez y legitimación para la comunidad.

Conforme lo dicho, no es difícil entender por qué el movimiento que apoya la justicia restaurativa se conecta al de la “democracia participativa”, desde que presenta características de este “derecho reflexivo” y, consecuentemente, encuentra sus bases profundas en el filósofo mencionado.<sup>80</sup>

## X. CONCLUSIONES PROVISORIAS

El punto de partida de estas reflexiones 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 continúa 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 deficiente. Pierde la sociedad, porque contamina su cuerpo con 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

<sup>80</sup> Bruce, Archibald, *op. cit.*, nota 5; Mackay, Robert, “Ethics and Good Practice in Restorative Justice”, *Victim-Offender Mediation in Europe*, *cit.*, nota 12, p. 50. Entre las obras de Habermas que sirven de base a la filosofía que inspira la justicia restaurativa pueden compulsarse: Habermas, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. de R. Rochlitz, París, Gallimard, 1997, especialmente capítulos VII y VIII. La edición en español se publicó bajo el título *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998. Igualmente, “¿Qué significa política deliberativa?”, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 231 y ss.

“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 posibilidad de un resultado diferente

En mi opinión, los programas de justicia restaurativa se mueven sobre dos instrumentos esenciales, que son: la desjudicialización y la participación de la víctima en el proceso.

La línea divisoria que separa los programas de la justicia restaurativa de otras prácticas tanto en uno como en otro instrumento puede ser tan débil, que siento la necesidad de comenzar por formulaciones negativas, o sea, diciendo qué no debe ser, a mi juicio, la llamada justicia restaurativa. Luego diré por qué el ordenamiento no debe poner barreras a los instrumentos utilizados por la justicia restaurativa, y concluiré diciendo qué se podría hacer y con quién.

### 1. *Justicia restaurativa no significa “privatizar” el sistema de justicia*

Se ha dicho: “volver a la justicia privada supondría un luctuoso retroceso en nuestra evolución jurídica. Pensar que el delito puede resolverse mediante un acuerdo entre ofensor y víctima supone olvidar las tropelías de la justicia primitiva”.<sup>81</sup> En el mismo sentido, se afirma que “la mediación de la víctima con el ofensor significa la privatización y la sumisión del sistema penal de justicia en uno de reparación económica, dejando en manos privadas lo que es, o al menos fue siempre, en las sociedades democráticas, el derecho exclusivo del Estado de salvaguardar la igualdad de trato de los autores y la protección de la comunidad”; “la privatización de la justicia llevará a la privatización de las cárceles, como ya ha sucedido en algunos países”; “implica la colonización cultural de Europa por los Estados Unidos: primero vinieron la Coca-Cola, después las hamburguesas y ahora la mediación víctima-ofensor”.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Roig Torres, Margarita, *op. cit.*, nota 67, p. 458; en la p. 451 la autora concluye: “A nuestro entender, la mediación sólo puede admitirse dentro del sistema penal como medio para agilizar el cobro de la responsabilidad civil y sólo excepcionalmente cuando la conducta reparadora del autor pudiera hacer innecesaria la reacción punitiva de acuerdo con el principio de oportunidad, como procedimiento para alcanzar el acuerdo reparador. En ningún caso, sin embargo, ni siquiera tratándose de delitos menores, puede reemplazar al proceso punitivo como vía de resolución del delito”.

<sup>82</sup> Frases contrarias oídas en diversos encuentros, citadas por Weitekamp, E., “Mediation in Europe: Paradoxes, Problems and Promises”, *op. cit.*, nota 49, p. 148.

Frente a estos llamados de alerta, la primera respuesta es que 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 respondo sí a los programas restaurativos (y no sólo la mediación) no digo “privatizar la justicia”, ni afirmo “justicia sin Estado”. Por el contrario, digo 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 judicial,<sup>83</sup> 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, alcoholismo, por ser los más citados, no sólo 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 debe prever ese sistema.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Foucault, en su libro *La angustia de juzgar*, dice: “Me temo que sería peligroso dejar que los jueces continúen juzgado solos, liberándolos de su angustia y evitándoles que se pregunten, ¿en nombre de qué juzgan?, ¿con qué derecho?, ¿a quién y por qué actos?, ¿quiénes son ellos para juzgar? Citado por Pegoraro, Juan, *La violencia, el orden social y el control social penal*, visible en <http://catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro>.

<sup>84</sup> Herrera, Marisa, “Sentando las bases para un cambio necesario. Justicia restaurativa y políticas sociales” (inédito). Trabajo final al curso de justicia restaurativa dictado en el posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Tengo el convencimiento de que la justicia “privatizada” es impensable, no sólo por razones de eficiencia (la República Argentina tiene pruebas múltiples para acreditar qué mal gestionan “los privados” los servicios públicos esenciales), sino porque el Estado no puede desentenderse de su futuro, y la gente en formación, entre los que están los niños y adolescentes que delinquen, integra el futuro de cualquier país.

Por lo demás, la crítica sobrevalúa la influencia estadounidense en el movimiento de la justicia restaurativa, que, como se ha visto, tiene gran desarrollo en Austria y Noruega, países que en general no sufren la influencia estadounidense. Del mismo modo que nuestras sociedades evolucionan hacia un pluralismo jurídico, también deben hacerlo hacia un pluralismo judicial, y más ampliamente hacia una pluralidad de formas de regulación social. Por eso, al lado de los modos jurisdiccionales, deben coexistir diferentes formas de resolución de conflictos.<sup>85</sup>

*2. Justicia restaurativa no significa sustituir el sistema estatal por uno de exclusivo control social, o tribunales populares*

Justicia restaurativa no significa sustituir el sistema estatal de justicia por uno de control social exclusivo, tan peligrosamente cercano a los totalitarismos. A los riesgos genéricos de la “justicia popular”, en nuestro país se suma una sociedad que si no es *naturalmente* discriminatoria es, al menos, fácilmente manipulable por los que manejan el mensaje estigmatizante del “nada funciona con los jóvenes delincuentes”. Basta pensar en la absurda crítica dirigida al “garantismo procesal” desde algunos medios.

*3. Justicia restaurativa no significa transferir facultades de los jueces a otros profesionales burocratizados*

Se ha dicho:

Admito la relación interdisciplinaria enriquecedora, pero rechazo la superposición de roles de las distintas ciencias, dado que esto puede conducir peligrosamente a reemplazar tribunales por hospitales y jueces por equipos técnicos (médicos, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales), en cuyo intento subyace solapadamente la voluntad de algunos de desmante-

<sup>85</sup> Bonafé-Schmitt, Jean Pierre, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, París, LGDJ, 1998, p. 13.

lar la estructura administrativa y judicial para transferirla a bases populares de la comunidad. La historia ya ha demostrado el fracaso... como el inexorable retorno a tribunales y jueces de derecho, allí donde la utopía se había ensayado.<sup>86</sup>

Coincido con estas palabras sólo si el autor ha querido decir que la mala solución que hoy tenemos no se mejora si, en lugar de los jueces, el poder se concentra en otros profesionales igualmente burocratizados que, para colmo, no tienen formación suficiente para saber garantizar derechos básicos como la libertad, la intimidad y la defensa en juicio.

Estoy convencida de que la justicia restaurativa no aportará ningún beneficio si los *facilitadores* se convierten en “los nuevos burócratas”. El Poder Judicial tiene pruebas más que suficientes para acreditar que cuando los profesionales de áreas no jurídicas (médicos, psicólogos, asistentes sociales, etcétera) trabajan dentro de su ámbito tienen mejores salarios pero peor rendimiento que cuando lo hacen en hospitales, centros de salud, centros educativos, etcétera.

#### *4. Justicia restaurativa no significa trasladar facultades judiciales a organismos del Poder Ejecutivo*

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, etcétera.

#### *5. Justicia restaurativa no significa hacer de un procedimiento penal un procedimiento de naturaleza civil*

Alguien dijo que “el paso de la ley penal hacia la ley civil hace más *civilizados* a la justicia y al país”.<sup>87</sup> La frase, retóricamente asombrosa,

<sup>86</sup> Cardoso, José C., “Los menores en conflicto con la ley penal”, *La Ley*, 2001-E, pp. 1079 y 1081.

<sup>87</sup> Louk Hulsman, citado por Wright, Martin, “Restorative Justice: for Whose Benefit?”, *Victim-Offender Mediation in Europe...*, cit., nota 12, p. 37.

no debe confundir; más allá de la unidad del ordenamiento, la responsabilidad de tipo penal no puede asimilarse a la civil. Piénsese, simplemente, en la presunción de inocencia, tan necesaria a cualquier sistema liberal de justicia penal; el ámbito civil, en cambio, fundado en la protección de las víctimas y en general de la parte débil (consumidores, etcétera), está más abierto a las inversiones de la carga probatoria.

La justicia restaurativa no es la panacea para las víctimas,<sup>88</sup> desde que sin desconocer el rol de la víctima, el proceso penal no debe olvidar al ofensor. “Hay que tener cuidado de no reemplazar la euforia de los años 60 centralizada en la resocialización del autor, por una nueva, enfocada en la protección de la víctima y en la compensación autor-víctima”.<sup>89</sup> Justicia restaurativa no significa, pues, sustituir el rol protagónico del ofensor por el de la víctima dentro del proceso tradicional, sino abrir vías —extra proceso— cuando se advierte que el conflicto no se resolverá de la mejor manera a través de un tercero imparcial que dice “la última palabra”, sino mediante la participación de todos los involucrados. Esto no quiere decir que el acercamiento imputado-víctima no sea posible dentro del proceso formal y tradicional de justicia. Por el contrario, los jueces penales juveniles, en diversos tipos de procesos, también deberían poner frente a frente al ofensor, a la víctima y a las personas de la comunidad, pero lo cierto es que ni los jueces ni las estructuras actuales están preparados para este tipo de participación.

En síntesis, la justicia restaurativa pretende ser una tercera vía (*third way*) que acumule los beneficios: la primera fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor y la pena; la segunda, la tendencia rehabilitativa, que sigue concentrada en el ofensor, pero especialmente en su tratamiento, supervisión, control, etcétera; la tercera pone la atención en el daño que tanto la víctima como la sociedad han sufrido y el modo como puede ser reparado, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.<sup>90</sup> En otras palabras, esta tercera vía no supone el abandono de todos los recursos que proveen los modelos anteriores. “Se

<sup>88</sup> Por eso, los movimientos de justicia restaurativa no sustituyen los movimientos en favor de las víctimas (Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, *cit.*, nota 8, p. 10).

<sup>89</sup> Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 219, nota 649.

<sup>90</sup> Vanfraechem, Inge, “Implementing Family Group Conferences in a Legalistic System. The Example of Belgium”, Fifth Conference of the International Network of Research on Juveniles, Leuven, Bélgica, septiembre de 2001 (draft version).

sabe que el proceso penal es un instrumento susceptible de usos degradados y degradantes. La experiencia al respecto es clara; tan clara como las formas violentas y destructivas del sistema de educación y de tutela”.<sup>91</sup> Son los usos degradados los que deben ser abandonados, pero no existe ninguna incompatibilidad entre proceso penal garantista, sistema rehabilitativo y restaurativo si no son usados conforme a los principios de la disciplina constitucional. Hemos experimentado la rehabilitación y la retribución; “es posible que los métodos restauradores tengan menos efectos colaterales negativos, y la única forma de saberlo es probando”.<sup>92</sup> Esa prueba no debe olvidar el máximo paradigma del derecho penal juvenil, cual es el de la protección integral, consagrado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instrumento en el que también se fundan los programas de justicia restaurativa.

*6. Justicia restaurativa no significa convertir el proceso penal en un proceso sin garantías*

Las garantías constitucionales tan caras al proceso (defensa en juicio, presunción de inocencia, etcétera) son el presupuesto necesario de cualquier vía alternativa. Nada es pensable sin estos principios fundamentales porque nada es imaginable fuera del sistema internacional de los derechos humanos, especialmente si se trata de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

*7. El sistema normativo no pone valladares insuperables para instrumentar los programas de justicia restaurativa en el proceso penal juvenil*

En mi opinión, el sistema normativo latinoamericano no presenta valladares insuperables a las vías alternativas restauradoras. No son barreras ni el principio de legalidad ni la prohibición de constituirse en actor civil contenida en la mayoría de las leyes específicas. Por encima del

<sup>91</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “El proceso penal con menores”, en Martín López, María T. (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 15.

<sup>92</sup> Highton, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, cit., nota 4, p. 91.

principio de legalidad están las convenciones internacionales mencionadas que dan sustento a la introducción del principio de oportunidad.<sup>93</sup> La prohibición de constituirse en actor civil tampoco es un freno, porque la participación de la víctima en el proceso penal juvenil no se produce para recibir una indemnización idéntica a la que se obtiene en el proceso penal, sino para ser restaurada con un alcance distinto, no sobre la ruta principal, sino en un camino que sale de ella para encontrar un lugar donde sanan mejor las heridas causadas por el delito.

### 8. *Un cambio de mentalidad*

La inexistencia de barreras normativas no significa posibilidad fáctica inmediata. Es cierto que la justicia restaurativa no es una solución para todos los problemas, sino el componente de una receta que sirve para satisfacer los intereses de la víctima, del autor, y de toda la comunidad. Pero, al mismo tiempo, la justicia restaurativa no propone simplemente un nuevo programa o 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 cam-

<sup>93</sup> No ingreso en el debate respecto a si se trata de una cuestión sustancial o procesal y, consecuentemente, si su reglamentación depende, en la República Argentina, de la nación o de las provincias. El artículo 26 del nuevo Código Procesal Penal de Mendoza dice: “El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al tribunal que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones, o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: 1. Se tratare de un hecho insignificante de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en ejercicio del cargo o con ocasión de él. 2. Se haya producido la solución del conflicto; 3. En los casos de suspensión del juicio a prueba...”. Para una defensa del sistema, véase Aguinaga, Juan, “El principio de oportunidad constitucional”, Mendoza, inédito; Altamirano, Paula *et al.*, “¿Es el principio de oportunidad una solución posible?”, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2003 (el trabajo contiene un resumen de la opinión sobre la cuestión de varios autores argentinos).

bio efectivo de la mentalidad en la cultura que insufla el sistema de justicia será un paso atrás.<sup>94</sup>

Este cambio exige reconocer que: *a)* los ofensores son parte de nosotros y no enemigos de fuera. Más aún, el aislamiento es una estrategia altamente imprudente porque conducimos al infractor a la subcultura de los criminales. Por el contrario, hay que acercarlo a nosotros; sólo así estará dispuesto a reparar el perjuicio causado; *b)* 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; *c)* el sistema judicial actual no está preparado para cumplir con el propósito de restaurar o reparar; *d)* para producir el cambio, hay que estar seguros de que no estamos tirando el niño junto con el agua de la bañera en la que se está bañando (*to be sure that they do no throw the baby out with the bathwater*). Los cambios, si no son sistémicos, pueden empeorar la situación.

No se trata de dejarse llevar por las modas. Hay que meditarlas. Jacques Faget concluye su libro de mediación penal con un juego de palabras muy aleccionador. Titula a su último capítulo *Medi(t)ation*. Muestra que mediación y meditación varían sólo por la “t” en el medio, invita a meditar sobre la mediación, y hace un llamado de atención para seleccionar el uso de las vías alternativas.<sup>95</sup> Con sentido análogo se ha dicho que “no hay que subirse al carro (*jump onto the bandwagon*) sin clarificar las premisas en las que se basa. Hay que pensar cuidadosamente las implicaciones que puede tener introducir una manera diferente de trabajar”.<sup>96</sup>

La reflexión no debe ser aislada. Por el contrario, el debate debe darse dentro del Poder Judicial, en los otros poderes del Estado, en la Universi-

<sup>94</sup> Bouchard, Marco, “Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto”, *Dei delitti e delle pene*, 2/92, p. 199. No tengo una visión pesimista de la sociedad, de los cambios sociales, de las libertades que el hombre exige. Para una visión, en mi opinión excesivamente pesimista, aunque realista, en la demarcación de las continuas contradicciones que los adultos tenemos hacia los jóvenes, véase Corsale, Massimo, “Giudici e minori in una società senza padre”, *Giustizia e conflitto sociale, in ricordo di Vincenzo Tomeo*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 319.

<sup>95</sup> Faget, Jacques, *La médiation. Essai de politique pénale*, París, Éres, 1992, pp. 203 y 204.

<sup>96</sup> Jackson, Shirley, “Family Group Conferences and Youth Justice: the New Panacea?”, en Goldson, Barry, *Youth Justice: Contemporary Policy and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 141.

dad y, más extensamente, en la opinión pública. Para que esto sea posible, se necesita una amplia colaboración de los medios de comunicación masiva.

### 9. *Justicia restaurativa no significa solución a todos los problemas sociales*

Desde esa meditación, algo está claro: la justicia restaurativa no es la panacea universal.<sup>97</sup> Bien se ha dicho que “una de las causas y al mismo tiempo efecto de los fracasos y frustraciones en el tratamiento de la delincuencia juvenil ha sido el fenómeno de la panacea, o sea, la continua búsqueda de encontrar un remedio que lo cure todo”.<sup>98</sup> En el mismo sentido, se señala que

...pensar que un modo extrajudicial de regulación de la litis sea una respuesta al mal funcionamiento de la justicia es una pura ilusión. Efectivamente, por un lado, no es posible renunciar a la función jurisdiccional; por el otro, 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, etcétera.<sup>99</sup>

No obstante, la crisis global no es excusa para no mejorar el ámbito donde se está trabajando, intentando otras vías alternativas que impliquen pasos adelante, aun cuando merced a la sabiduría popular sepamos que “no hay rosas sin espinas”.<sup>100</sup>

#### A. *Cualquiera sea el sistema, hay que trabajar coordinadamente*

La justicia restaurativa, igual que la justicia tradicional, no permite, o al menos no debiera permitir, improvisaciones irresponsables. Toda in-

<sup>97</sup> Garena, Giovanni, “Una riflessione sul modello riparativo finalizzata allo sviluppo della comunità”, *Minori Giustizia*, 2/1999, p. 53; Zermatten, Jean, “Experiencias modernas en justicia juvenil”, *I Seminario Internacional en Minoridad y Familia*, cit., nota 36, p. 63.

<sup>98</sup> Dean-Myrda, Mark y Cullen, Francis, *op. cit.*, nota 24, p. 9.

<sup>99</sup> Bouchard, Marco, *op. cit.*, nota 94, p. 193. El autor apoya decididamente los medios alternativos; la frase está pronunciada en el contexto del realismo con el que los métodos deben ser propuestos.

<sup>100</sup> Queralt, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación”, *op. cit.*, nota 60, p. 150.

tervención 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, etcétera).<sup>101</sup>

Los grupos de trabajo deben estar coordinados en la tarea cotidiana y no sólo 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, etcétera.<sup>102</sup> También debería haber mucha comunicación entre los distintos programas de justicia restaurativa, para transmitirse experiencia.

### B. *Desjudicialización... ma non troppo*

De todo cuanto vengo exponiendo, imagino un sistema que se inserta en el esquema judicial del siguiente modo:

- 1) Debe crearse en la policía una división encargada de los asuntos juveniles, a la manera inglesa. Esta división debe estar formada, esencialmente, con nuevos ingresantes a la fuerza de seguridad, formados especialmente para este tipo de tareas.

Por el momento, y dada la escasa formación y la triste historia de la institución policial, esa división sólo tendría por función recibir las denuncias y actuar respetando todas las garantías constitucionales; su tarea concluye enviando el expediente al Ministerio Público.

<sup>101</sup> La falta de coordinación es un mal generalizado en muchos países. Para esta cuestión véase Mestitz, Anna y Ghetti, Simona, “Juvenile Magistrates and Victim-Offender Mediation Centres: the Communication System”, 2nd. Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice “Restorative Justice and its Relation to the Criminal Justice System” (10-12 de octubre de 2002, Oostende, Bélgica); también Mestitz, Anna, “La giustizia minorile tra burocrazia e comunicazione. Comunicazione intra-sistemiche”, *Minori Giustizia*, 2000-2, p. 195. La autora hace referencia a la carencia de comunicación de jueces con abogados, policía, servicios sociales, etcétera.

<sup>102</sup> Busnelli Fiorentino, Elda, “L’integrazione fra servizi nella attuazione del nuovo processo penale minorile”, *Minori e Giustizia*, Padua, Fondazione E. Zancan, 1990, p. 21.

- 2) Recepcionada la causa por ésta o por otra vía, con o sin división especial policial, el Ministerio Público tiene facultades discrecionales suficientes para resolver: *a)* archivar el caso, si cualquier medida es superabundante; *b)* en casos excepcionales (por la gravedad del delito, o porque el joven no reconoce su participación en el hecho) continuar con la causa adelante por el camino tradicional, y *c)* enviar la causa a alguna vía alternativa de resolución del conflicto.

También el juez debe estar facultado para enviar el proceso a esta vía alternativa, aun cuando el expediente ya haya concluido la etapa instructoria.

- 3) El proceso alternativo debe ser llevado adelante por facilitadores altamente especializados, integrados en cuerpos suficientemente coordinados. Esos grupos pueden o no integrar el Poder Judicial; si forman parte del Poder Judicial<sup>103</sup> deben tener la independencia necesaria para resguardar la confidencialidad del proceso; si no forman parte de éste, debe tratarse de organismos que, por sus antecedentes específicos, hayan sido autorizados por el Poder Judicial para ejercer este tipo de funciones.
- 4) La vía alternativa debe tender a la restauración del ofensor consigo mismo, de la víctima y de la sociedad.
- 5) El juez de la causa homologa o no el acuerdo celebrado; la homologación significa el archivo de la causa; la no homologación la continuación de la causa adelante; sin embargo, el cumplimiento del acuerdo puede ser un elemento a tener en consideración para disminuir las responsabilidades tradicionales.

### *C. La elección de los programas*

La elección de la técnica a utilizar debe hacerse en función de las circunstancias del caso particular, el tiempo disponible, las preferencias de las partes, los recursos comunitarios o estatales. No es un tema de con-

<sup>103</sup> Cuando me refiero a formar parte del Poder Judicial, pienso en un cuerpo que ha sido seleccionado y responde a las pautas generales marcadas por la autoridad de la superintendencia del Poder Judicial; no obstante, no deben ser personas incorporadas a “la planta permanente” del Poder Judicial, o sea, personas que luego se rijan por el estatuto del empleado público, etcétera, porque esa posición salarial, lamentablemente, es un factor decisivo para que sean “fagocitados” por el espíritu burocrático.

vergencia o divergencia. Hay más de una opción; la justicia restaurativa es una justicia que puede presentar tantas variantes como lo son los fenómenos delictivos. No hay que asustarse ante esa diversidad, y específicamente ante una personalidad en evolución; es la flexibilidad y no la rigidez la que puede llevar a una mejor solución.<sup>104</sup>

No ignoro que algunos programas están muy alejados de nuestras tradiciones, por lo que resultan difíciles de instrumentar; aun así, no son descartables de plano. Piénsese, por ejemplo, en actos vandálicos en una escuela de un pequeño pueblo; ¿por qué pensar que una reunión, similar incluso al *sentencing circle*, en la que participen las personas más respetadas de la comunidad, como puede ser el médico del pueblo, el presidente de la asociación deportiva, etcétera, todos conducidos por un facilitador experimentado, no pueda llegar, en diálogo fecundo con los familiares, a una solución más restauradora que la del sistema formal de justicia?

#### D. La elección de la gente

Las buenas intenciones no bastan para legitimar soluciones concretas.<sup>105</sup> El éxito de cualquier programa requiere personal cualificado, competente, bien entrenado, con el tipo adecuado de características personales.<sup>106</sup> Como dice el profesor canadiense John Edwards,<sup>107</sup> hay que crear estructuras que tiendan a clarificar los roles y responsabilidades; esto ayuda, pero el éxito o fracaso de todo acuerdo institucional, en la mayoría de los casos, depende de la integridad personal de quien ocupa la posición. Si esa persona no tiene apropiados ideales de justicia, no está preparada para el ejercicio de estas responsabilidades en el interés públi-

<sup>104</sup> Archibald, Bruce, *op. cit.*, nota 5. Véase, del mismo autor, "Comparative Reflections on Criminal Prosecutions, the Rule of Law and Reflexive Law", presentado en la Quinta Conferencia Internacional, "The International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles", Leuven, Bélgica, 2001.

<sup>105</sup> Pulitanò, Domenico, "Quale riforma per la giustizia penale minorile?", *Questione Giustizia*, 2002/4, p. 734.

<sup>106</sup> Ross, Robert, "Razonamiento y rehabilitación. Un programa cognitivo para el tratamiento y la prevención de la delincuencia", en Garrido Genovés *et al.*, *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 49.

<sup>107</sup> Citado por Archibald, Bruce, "The Politics of Prosecutorial Discretion: Institutional Structures and the Tensions Between Punitive and Restorative Paradigms of Justice", XVII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Seúl, Corea del Sur, 1997.

co; en este caso hasta la mejor estructura institucional puede fracasar. Sin embargo, es mejor poner a la mejor gente en la mejor estructura posible.

### *E. El monitoreo permanente*

Los programas de justicia restaurativa son flexibles y están en experimentación; es verdad que un sistema flexible genera inseguridad, pero uno de reglas rigurosas lo hace inflexible y no adaptable a las circunstancias siempre cambiantes de los jóvenes. Consecuentemente, y para evitar estos inconvenientes, 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 necesario.<sup>108</sup> Cualquier programa que se lleve adelante (y esto también debería hacerlo la justicia “formal”) debería permitir que, al culminar el proceso, la parte se exprese a través de un formulario en el que se den posibles respuestas alternativas. Por ejemplo, preguntar a la víctima: piensa que este proceso fue lento, demasiado lento, razonablemente rápido; obtuvo una respuesta satisfactoria, poco satisfactoria, etcétera.

### *F. Un elemento esencial*

En países sumidos en la desocupación, es absurdo creer en programas restaurativos sin una red social que ayude al joven infractor. Hay que ser realistas: 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 un trabajo mínimamente gratificante.<sup>109</sup> Sea a través de la mediación, de la reunión del grupo familiar, de reunión de grupo extendido, etcétera, la solución al conflicto requiere que este joven infractor tenga posibilidad de realizar una mínima restauración económica a la víctima. Para ello es necesario que tenga un lugar donde prestar el servicio prometido, un espacio donde desarrollar la actividad que le dará fondos, etcétera. Ni el sistema judicial ni el de los servicios sociales se ha

<sup>108</sup> Miers D. et al., *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, p. 15.

<sup>109</sup> Moro, Alfredo, “Fasi del processo penale minorile e interventi dei servizi”, en Busnelli, Fiorentino (ed.), *Minori e Giustizia*, Padua, Fundazioni E. Zancan, 1990, p. 49.

preparado para esta red, y ésta es la primera que hay que tender. Clubes deportivos, pequeñas empresas, municipios, asociaciones sin fines de lucro, entre otros, todos pueden ser espacios útiles para que este joven se inserte. Para eso, la oficina de medidas alternativas tiene que saber a qué teléfono llamar. En Mendoza, la experiencia piloto ha comenzado haciendo un registro o listado de asociaciones, actividades que desarrollan, recursos con los que cuentan, etcétera, para de este modo poder dirigir la solución negociada sobre bases factibles.

## XI. UNA ESPERANZA FINAL

Alguien dijo que “no se sabe cómo va a evolucionar el sistema de justicia juvenil”;<sup>110</sup> yo tampoco lo sé; sólo puedo decir, igual que Martín 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 reinsertarse en la sociedad como un sujeto que se valora a sí mismo y es valorado por los demás. Creo, sinceramente, que los programas de justicia restaurativa pueden ser un buen instrumento para la realización de este fin.

<sup>110</sup> Martín López, María T., “Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado”, en Martín López, María T. (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, cit., nota 91, p. 97.

**UNIDAD II: EL USO DE HERRAMIENTAS RESTAURATIVAS EN  
SEDE FISCAL**

DUCE, Mauricio “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del Estado de los cambios” Extracto, referido a la limitado a los problemas de Rol Procesal del Ministerio Público para controlar la carga de trabajo luego de la reforma del proceso penal, tomado de “El nuevo Procesal Penal”, Estudios Fundamentales, Editorial Palestra, P 115-127.



## EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA REFORMA PROCESAL PENAL EN AMÉRICA LATINA: VISIÓN GENERAL ACERCA DEL ESTADO DE LOS CAMBIOS<sup>1</sup>

Mauricio Duce J.<sup>2</sup>

mauricio.duce@cejamericas.org

Las reformas al sistema de enjuiciamiento criminal emprendidas en Latinoamérica desde mediados de la década de los '80, junto con producir modificaciones muy relevantes en la estructura del proceso tradicional en la región, también han tenido un impacto profundo en la reconfiguración institucional del Ministerio Público.<sup>3</sup> En una medida significativa, los cambios realizados al Ministerio Público son indispensables para adecuar a dicha institución de conformidad al rol y las funciones requeridas por el nuevo modelo procesal penal de carácter acusatorio, que se han intentado establecer en la mayoría de los procesos de reforma en la región. De otra parte, es posible observar como otros países de América Latina que no han experimentado reformas a su sistema procesal penal también han avanzado en el fortalecimiento de sus Ministerios Públicos en las últimas décadas.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Agradezco los comentarios formulados a las versiones preliminares de este texto por varios amigos y colegas, en especial las de Andrés Baytelman, Juan Enrique Vargas y Cristián Riego. En buena medida este trabajo representa la conclusión de una cierta reflexión colectiva junto con ellos y, en consecuencia, se trata de muchas ideas colectivas y no exclusivamente originales del autor. Agradezco también los comentarios y sugerencias de mis colegas del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales.

<sup>2</sup> Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Coordinador de Capacitación del Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.

<sup>3</sup> Una revisión general de lo ocurrido en 15 países de la región puede verse Julio Maier/Kai Ambos/Jan Woischnik (coordinadores), *Las Reformas Procesales en América Latina*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, 896 páginas.

<sup>4</sup> Ejemplos paradigmáticos de esta situación son países como México y Panamá. En el caso específico de México, sólo a fines del mes de marzo de 2004 el presidente Fox ha presentado un proyecto de reforma sustancial del procedimiento penal en dicho país a nivel de la

Los cambios producidos en el Ministerio Público han creado un escenario nuevo que no ha sido objeto de análisis ni estudios muy profundos no obstante, constituir una parte muy relevante de las modificaciones que han sufrido los sistemas de justicia criminal en la región. En este contexto, el presente trabajo se detiene en la experiencia de los países que han enfrentado cambios a sus Ministerios Públicos como parte de las reformas a sus sistemas procesales penales.<sup>5</sup> En estos casos, las transformaciones realizadas a dicha institución constituyen una apuesta muy fuerte de los reformistas a la capacidad del Ministerio Público para generar cambios relevantes en las prácticas y rutinas de trabajo del sistema de justicia criminal. Si bien los objetivos de los cambios son complejos y variables con el tiempo, un propósito fundamental de estas reformas, muy fuertemente presente desde sus inicios, es asegurar la adecuada configuración y asentamiento de los nuevos modelos procesales de corte acusatorio que se han pretendido instaurar en los diversos países del continente. Para ello, el Ministerio Público ha sido objeto de modificaciones legales con el fin de adecuar su arquitectura institucional a estos nuevos requerimientos, además, de los esfuerzos sistemáticos realizados para el fortalecimiento presupuestario, material y de recursos humanos.

justicia federal, el cual ha sido sumamente discutido. Información general sobre el proyecto puede verse en la página web de la presidencia de México: <http://quetzalcoatl.2004.presidencia.gob.mx/actividades/comunicados/index.php?contenido=7839&pagina=17>. Una ejemplo del debate generado por el proyecto en, *Descalifica La Corte Reforma Judicial de Fox*, *El Universal*, 11 de Noviembre de 2004, [http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id\\_nota=254928&tabla=notas\\_H](http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=254928&tabla=notas_H). Para tener una información completa acerca del Ministerio Público mexicano recomiendo revisar Guillermo Zepeda, *Crimen sin Castigo: Procuración de Justicia Penal y Ministerio Público en México*, Centro para la Investigación y el Desarrollo y Fondo de Cultura Económica, México, 2004, 462 págs.

<sup>5</sup> Si bien ello excluye el análisis más sistemático de casos como el mexicano o el de Panamá, existen varias de las cuestiones que sostendré en el presente trabajo que podrían ser perfectamente aplicables a los mismos.

A pesar que se trata de un proceso de cambio aún inconcluso, los pocos estudios preliminares disponibles indican que los resultados obtenidos hasta el momento no son los esperados. Sin perjuicio que es posible encontrar múltiples experiencias positivas en aspectos concretos a lo largo de la región, me parece que como tendencia general, el Ministerio Público enfrenta en la actualidad una serie de problemas muy significativos para satisfacer las expectativas que existen respecto de su rol en la consolidación del proceso de reforma. En esta coyuntura es necesario abrir un debate intenso acerca de los lineamientos que debe tener el trabajo futuro de la institución en la región.

Con el objetivo de contribuir al debate sobre la materia, en las páginas que siguen intentaré presentar de una manera breve y panorámica el estado actual de los esfuerzos de reforma al Ministerio Público en la región, poniendo un especial énfasis en identificar algunos de los principales problemas que enfrenta esta institución en el contexto del funcionamiento de los sistemas procesales reformados. Ello debiera ayudar, a su vez, a identificar líneas futuras de investigación en las cuales es necesario obtener mayor información para poder realizar diagnósticos más específicos.

Antes de iniciar su desarrollo es necesario presentar al lector algunas advertencias acerca de los alcances y límites de este trabajo. En primer lugar, no se trata de un texto que examine de manera exhaustiva lo que ocurre en todos los países de América Latina, sino que, como se señaló con anterioridad, se focaliza en aquellos que han llevado adelante estos procesos de reforma de la mano de transformaciones de sus sistemas procesales. En segundo lugar, la evidencia empírica acumulada hasta el momento en la región sobre estos temas es muy pobre, lo que limita los alcances de mis conclusiones. La falta de información empírica disponible obliga a descansar centralmente en la información producida en el contexto del desarrollo del "Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial". Se trata de un proyecto de investigación que entre los años 2001 y 2004 fue ejecutado por el Centro de la Justicia de las Américas (CEJA), en conjunto con varias

organizaciones locales de diversos países de la región y cuyo objetivo central fue evaluar el funcionamiento de los procesos penales reformados. No se trata de investigaciones específicas sobre el Ministerio Público, pero cada una de ellas incluye mucha información útil sobre el tema, lo que permite delinear algunas hipótesis o aspectos preliminares. Para los efectos de este trabajo considero los informes nacionales realizados por grupos de investigadores de: la Provincia de Córdoba-Argentina, Provincia de Buenos Aires-Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y Paraguay.<sup>6</sup> La carencia de información empírica hace que este trabajo se sustente en una porción relevante, especialmente en la sección destinada a la presentación de problemas, en mi propia visión acerca de lo que está ocurriendo en el área. Por lo mismo este trabajo no pretende presentar conclusiones finales, sino constituir una primera aproximación a un tema que requiere estudios de mayor profundidad.

## **1.- El Contexto General anterior a la Reforma:**

Como ya se señalaba en la presentación, las reformas que ha sufrido el Ministerio Público en la región obedecen a la necesidad de adecuar dicha institución a los requerimientos de un modelo procesal que cambia de manera radical la función que los fiscales cumplían en el proceso inquisitivo, vigente en América Latina con anterioridad a la reforma.

Revisemos este asunto con un poco más de detalle. El Ministerio Público, tal como lo conocemos en la actualidad, es principalmente producto de la revolución procesal penal que se intentó en Europa continental en el siglo XIX a través de la instauración del denominado sistema "inquisitivo reformado" o "mixto".<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Información general del proyecto puede revisarse en Cristián Riego, Informe Comparativo: Proyecto de Seguimiento de las reformas Judiciales en América Latina, en Revista Sistemas Judiciales nº 3, Buenos Aires 2002, págs. 12 a 58. Ver especialmente páginas 12 a 17.

<sup>7</sup> Para revisar antecedentes históricos sobre esta afirmación véase Julio Maier, Derecho Procesal Penal II, Parte General Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires 2003, págs. 294 a 310.

Tanto desde un punto de vista de su diseño como de su operatividad en la práctica, es posible concluir que las funciones asignadas al Ministerio Público en el contexto de los sistemas inquisitivos reformados o mixtos eran muy secundarias. Así, el rol de éste en la etapa de investigación en estos sistemas fue menor. En estos modelos procesales los fiscales del Ministerio Público cumplían funciones de carácter más bien burocrático y no como investigadores activos, cuestión que normativamente era entregada a los jueces de instrucción y realizada en la práctica por la policía. En esta etapa del proceso los fiscales tenían un rol reactivo. Los jueces de instrucción, en cambio, tenían una actuación proactiva que les permitía convertirse en los protagonistas principales del proceso penal. En la mejor de las hipótesis, el rol de los fiscales se traducía en una colaboración menor a la investigación judicial por medio de la presentación de algunos antecedentes y solicitud de diligencias investigativas que el juez de instrucción, a su discreción, podía decretar o negar. Durante el juicio, por el contrario, la intervención de los fiscales era considerada en este modelo un aspecto esencial para transformar al sistema inquisitivo más ortodoxo debido a que los juicios suponen la presencia y confrontación de las partes. Allí se esperaba que los fiscales adquirieran un protagonismo representando a la sociedad. Sin embargo, el hecho histórico que la etapa de instrucción se haya engullido al juicio y que, en la práctica del sistema inquisitivo reformado, los jueces asuman un rol protagónico en la producción de la prueba en el juicio, relegó también al Ministerio Público a un papel secundario en esta etapa.<sup>8</sup> Lo anterior llevó a que en el funcionamiento concreto del sistema inquisitivo reformado, el Ministerio Público

no tuviera la oportunidad real de convertirse en un actor relevante. Esto por el propio diseño del sistema que no resultaba funcional a una opción diferente.

Esta falta de relevancia de las funciones del Ministerio Público se dio con mayor fuerza en América Latina, ya que los países de la región, con anterioridad a los procesos de reforma, mantuvieron un modelo procesal de componentes más inquisitivos que sus pares del continente europeo, en donde se pretendió instalar el sistema mixto (muchos de ellos ni siquiera contemplaron formalmente la existencia de un juicio oral, como por ejemplo el caso de Chile). Esto mismo ha provocado que en los países de Europa continental, en donde se intentó instalar el modelo mixto, el rol del Ministerio Público haya sido menor, comparado con América Latina, donde se mantuvieron estructuras inquisitivas más ortodoxas, y el rol cumplido por el Ministerio Público ha sido, por regla general, absolutamente irrelevante. Producto de lo anterior se explican algunas de las caracterizaciones de la institución en la región, tales como que el Ministerio Público es la “quinta rueda del carro”, un “convidado de piedra” o que sus fiscales son “soldados sin armas ni generales”. Con más fuerza Binder concluye, al describir al Ministerio Público con anterioridad a los procesos de reforma en la región, que “...el Ministerio Público es una institución raquítica, acerca de la cual poco sabemos, que no hemos estudiado, que no tiene perfil político propio, sin una historia importante y que genera desconfianza en los ciudadanos.”<sup>9</sup>

Como consecuencia directa de esta situación de irrelevancia, algunos países de la región eliminaron de su sistema procesal penal al Ministerio Público. En Chile se suprimen los promotores fiscales de primera instancia en el año 1927 por considerarse, según el propio texto del Decreto 426 de 1927, como funcionarios que no eran “indispensables”.<sup>10</sup> En la

---

<sup>8</sup> No sólo por la práctica sino que incluso a nivel normativo el sistema inquisitivo reformado reconoció un rol preponderante de los jueces en la producción de prueba en el juicio oral. Un caso claro de esto son las facultades de interrogación de testigos entregadas a los jueces de juicio oral en varios países europeos. Así, por ejemplo, en el sistema alemán vigente hasta hoy, quien tiene la facultad de interrogar en primer término a un testigo es el juez y no las partes. Ello hace que el examen posterior de las partes sea subordinado a la actividad realizada por los jueces.

---

<sup>9</sup> Alberto Binder, *Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal*, en EL MINISTERIO PÚBLICO PARA UNA NUEVA JUSTICIA PENAL, Corporación de Promoción Universitaria, Fundación Paz Ciudadana y Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, Ob. cit. pág. 68.

<sup>10</sup> Una breve historia acerca de los promotores fiscales chilenos y su extinción puede verse en Armando de Ramón, *Promotores Fiscales*. Su

lógica del funcionamiento del sistema esta decisión fue bastante racional ya que permitió un ahorro de recursos económicos al Estado y de trámites superfluos al proceso. En Honduras ocurrió un fenómeno similar.

Con todo, la eliminación del Ministerio Público del sistema procesal penal no constituyó la regla general en la región. Por el contrario, la mayoría de los países lo mantuvieron, pero con un perfil muy bajo. De esta forma es posible afirmar que la existencia de esta institución no pasó de ser una abstracción legal en una buena cantidad de países de la región antes del proceso de reforma.<sup>11</sup> Un caso extremo de esta existencia meramente formal estuvo constituido por el Ministerio Público de Guatemala con anterioridad a la reforma del año 1992 en ese país. En febrero de 1991, la oficina del Ministerio Público tenía sólo 24 fiscales para todo el país con una población que superaba los nueve millones de habitantes. Observadores de la época reportaron que "...cuando los fiscales aparecían en los tribunales, los jueces preguntaban en algunas ocasiones que quiénes eran ellos y qué hacían allí"<sup>12</sup>. Similares opiniones acerca del funcionamiento del Ministerio Público antes del proceso de reforma también pueden encontrarse en otros países de la región.

Este escaso perfil y la irrelevancia de los roles desempeñados por el Ministerio Público en la región también impactan en los aspectos organizacionales de la institución, la que se caracterizaba por una estructura muy débil. Al respecto, Linn Hammergren reporta que:

*... incluso donde el Ministerio Público existe, su organización ha sido débil. Cualquiera sea la lógica detrás de su estructura, ésta ha sido congruente con el sistema inquisitivo. Donde no se*

*espera que los fiscales hagan mucho, no hay necesidad de una organización que apoye o monitoree su trabajo. Presupuesto, personal y sistemas de planificación han sido casi inexistentes. Mecanismos de asignación de casos han sido similarmente no desarrollados....la pobreza organizacional ha sido la regla general e incluso más extrema que en el caso de los tribunales<sup>13</sup>.*

Según se puede apreciar en el contexto anterior a la reforma, el Ministerio Público estaba constituido por una institución con escasas y poco relevantes funciones en el proceso y, como consecuencia de lo mismo, con muy débiles estructuras organizacionales y de apoyo a su gestión. Al fin del día, éste era un actor sin peso institucional ni relevancia funcional en los sistemas de justicia criminal anteriores a la reforma.

## **2.- El Nuevo Escenario Creado por la Reforma:**

El avance en la región, desde modelos procesales fuertemente inquisitivos a sistemas de corte acusatorio o adversarial, tiene un impacto profundo en las funciones que el Ministerio Público cumple en el proceso y, en consecuencia, en la configuración institucional de este organismo. Para los efectos que interesa en este trabajo, el nuevo modelo procesal ha significado un cambio trascendental en el rol del Ministerio Público en el proceso penal. Éste ha implicado un fortalecimiento de la institución en la medida en que se le han agregado nuevas facultades a la ya tradicional de ser el titular del ejercicio de la acción penal pública que lo convierten en el encargado de la persecución penal. Ello significa que se le ha adjudicado la responsabilidad de llevar adelante la investigación preparatoria de los delitos,<sup>14</sup> lo que acarrió la indefectible abolición del modelo de juez instructor y, además, algunas facultades discrecionales para

---

Historia (1876 - 1927), en Boletín de la Academia Chilena de Historia nº 100, Santiago 1989, págs. 315 a 336.

<sup>11</sup> En este mismo sentido véase también El Ministerio Público en el Proceso de Reforma Penal en América Latina, Entrevista a Julio Maier, en Pena y Estado nº 2, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, pág. 173.

<sup>12</sup> Véase Linn Hammergren, The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America, Westview Press, 1998, pág. 84. (traducción del autor).

---

<sup>13</sup> Linn Hammergren, Institutional Strengthening and Justice Reform, Center For Democracy and Government USAID, 1998, pág. 36 (la traducción es del autor).

<sup>14</sup> A la luz de esta función normalmente se entregan facultades de dirección de las policías para los efectos de llevar adelante las diligencias de investigación concretas.

decidir acerca del ejercicio de la acción penal pública.

Estas nuevas facultades han ubicado al Ministerio Público como uno de los protagonistas centrales del nuevo modelo procesal. En buena medida los sistemas de corte acusatorio que se han intentado instalar en la región han operado sobre el supuesto de contar con una institución fuerte y protagonista, responsable de llevar adelante la investigación de los delitos, acusar a los presuntos responsables y ejercer facultades discrecionales relevantes para mantener la carga de trabajo del sistema en volúmenes razonables.

Este nuevo rol suponía intervenir en la institución realizando diversos cambios a su configuración institucional, sus recursos y, también en cuanto a sus objetivos estratégicos. Sin intervención en estas áreas era absolutamente ilusorio pensar que el cambio procesal podía traducirse en la práctica en una transformación real en el funcionamiento. Estas tres dimensiones de cambios serán revisadas a continuación.

### **2.1.- Nuevos Objetivos Estratégicos del Ministerio Público:**

El Ministerio Público en el nuevo modelo no sólo está llamado a cumplir ciertos roles procesales de suma importancia para que el sistema pueda funcionar, tales como ser el responsable de la investigación preliminar y del ejercicio de la acción penal pública, sino que también debe cumplir con un conjunto de funciones orientadas a la consolidación del modelo procesal propuesto, que exceden los aspectos estrictamente procesales de su función.

Desde este punto de vista más general, en los esfuerzos de reforma del Ministerio Público en la región se esperaba que dicha institución fuera capaz de contribuir en la consolidación de los nuevos sistemas procesales en al menos tres áreas específicas. En primer lugar, debía colaborar en forma decisiva para la abolición del sistema inquisitivo vigente antes de la reforma. Segundo, constituirse en el motor que impulsara el trabajo medular del nuevo sistema. Finalmente, debía asumir liderazgo en la promoción y protección de los intereses de las víctimas.

A continuación me referiré brevemente a estos tres aspectos.

Uno de los objetivos centrales de la reforma en América Latina ha sido el reemplazo total de nuestros arcaicos sistemas inquisitivos por otros de corte acusatorio. Sin embargo, ésta no es una cuestión fácil. La experiencia de la reforma europea del siglo XIX es una buena muestra de ello. En esa oportunidad, tal como en los esfuerzos actuales, uno de los objetivos centrales del Ministerio Público fue lograr la abolición del modelo inquisitivo.<sup>15</sup> No obstante ello, la creación del Ministerio Público moderno no fue suficiente para el logro de este objetivo, ya que el sistema inquisitivo sobrevivió al cambio con una cara remozada, el sistema inquisitivo reformado. En una importante medida la sobrevivencia del sistema inquisitivo se explica por la falta de transformación de la etapa de instrucción criminal la que constituye el corazón del sistema. Así, como puntualiza Binder, una contribución fundamental del Ministerio Público en la región para lograr la abolición de la manera inquisitiva de ejercer el poder penal es a través del desmantelamiento de la estructura del actual sumario criminal o etapa de investigación.<sup>16</sup> En su opinión, esto debiera llevar a recuperar la centralidad del juicio oral y consiguientemente a la reestructuración completa del sistema. Frente a esto, la pregunta que surge es ¿cómo se logra este objetivo? La respuesta de Binder es mediante la desformalización de la etapa de instrucción y liberación de la responsabilidad persecutoria del juez que interviene durante la investigación. Ambas cuestiones importan un cambio central en la estructura de la investigación y también en cuanto a los roles de los distintos actores que juegan en ella.

En segundo lugar, la lógica del nuevo sistema opera en base a la idea de que una institución fuerte estará a cargo de conducir la investigación, formular cargos en contra de los acusados y representar a la sociedad en los juicios orales. Sin un Ministerio Público poderoso que esté capacitado para cumplir con estos

<sup>15</sup> En este sentido ver Claus Roxin, *Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público*, EN EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, pág. 40.

<sup>16</sup> Alberto Binder, ob. cit., pág. 80.

cometidos es imposible concebir al nuevo sistema funcionando adecuadamente, en tanto el rol acusador no estará apropiadamente personificado. Además, el nuevo modelo requiere que el Ministerio Público asuma el ritmo de trabajo del sistema para que éste funcione óptimamente. Por todo esto, el Ministerio Público se convierte en una especie de motor del nuevo sistema.

Para graficar la importancia de estas funciones, hay dos áreas que a modo ejemplar dan cuenta de lo crucial que resulta el Ministerio Público para el nuevo sistema. En primer término, éste es una institución clave para desformalizar la etapa de investigación criminal, lo que ha demostrado ser uno de los aspectos más deficitarios del modelo inquisitivo vigente antes de la reforma en la mayoría de los países de la región. Este modelo se caracterizaba por tener una etapa de investigación burocrática, ritualista y excesivamente formalizada. El nuevo sistema requiere, en cambio, que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal dotándolo de mayor flexibilidad, desarrollando trabajo en equipos multidisciplinarios, coordinando más eficientemente el trabajo policial, en fin, constituyéndose en un puente de comunicación entre el mundo de la actividad policial y el trabajo judicial dinámico. En segundo término, la actuación del Ministerio Público es fundamental para el diseño de una política de control de la carga del trabajo que no sólo posibilite a la institución funcionar dentro de parámetros de eficiencia y calidad óptimos, sino también al sistema de justicia criminal en su conjunto. El Ministerio Público es la institución que dispone de las herramientas idóneas para establecer una política de este tipo y superar así uno de los males endémicos de la justicia criminal en Latinoamérica: la sobrecarga de trabajo de sus distintos operadores. Es por ello que, en la mayoría de los procesos de reforma, se entregaron importantes facultades a los fiscales para que no ejercieran la acción penal y recurrieran, en cambio, a diversas manifestaciones del principio de oportunidad, a salidas alternativas del sistema y la aplicación de mecanismos de simplificación procesal.

En tercer lugar, el Ministerio Público también deberá jugar un rol decisivo en la promoción y protección de los derechos de las víctimas en los nuevos sistemas procesales. La víctima, actor tradicionalmente olvidado en la configuración de los sistemas inquisitivos, adquiere un nuevo protagonismo con los procesos de reforma traducidos en la consagración normativa de un conjunto de derechos en su favor, buena parte de los cuales deben ser articulados por el Ministerio Público, quien asume la obligación de promoverlos y tutelarlos. Entre ellos se incluyen derechos tales como: el derecho a la información, reparación, protección y asistencia. Es así, como un número importante de países han establecido en sus constituciones,<sup>17</sup> las leyes orgánicas del Ministerio Público o códigos procesales, un mandato intenso de proteger y promover los derechos de las víctimas en el proceso.

Una pregunta interesante a esta altura tiene que ver con el hecho de por qué los promotores de la reforma depositaron en el Ministerio Público las expectativas de que fuera capaz satisfacer estos nuevos objetivos estratégicos. La respuesta es relativamente simple. En el contexto de los procesos de reforma en la región, éste era el único actor de quien se podían esperar cambios significativos de la naturaleza de los descritos. Los poderes judiciales en la mayoría de los procesos no fueron promotores entusiastas del cambio, sino más bien actores que representaban el mantenimiento del *status quo*. Las defensorías públicas, por su parte, no tenían, por su rol en el sistema, suficiente fuerza para convertirlas en las instituciones líderes del movimiento de reforma. Así, el Ministerio Público era el candidato natural para invertir esfuerzos. En este sentido, la debilidad institucional del mismo en varios países de la región se convertía en un activo ya que daba espacio a realizar transformaciones importantes en su estructura e incentivos de trabajo a propósito del proceso de fortalecimiento institucional que era necesario realizar para adaptarse al nuevo proceso.

## **2.2.- Las Reformas a la Regulación Normativa del Ministerio Público:**

---

<sup>17</sup> Por ejemplo en el artículo 250 de la Constitución de Colombia y en el 80 a) de la de Chile.

Lo primero que resultaba indispensable de modificar para permitir al Ministerio Público cumplir sus nuevas funciones eran las disposiciones constitucionales o leyes orgánicas, que contenían las definiciones básicas de la institución en diversos países de la región. Por lo mismo, en forma paralela a la reforma de los códigos procesales penales, buena parte de la región ha avanzado en modificaciones a los estatutos legales en donde se contenía la regulación básica del Ministerio Público.

El cuadro número uno presenta un resumen básico de once países de la región que han realizado reformas a sus procesos penales, contrastando la fuente y fecha de reforma al Ministerio Público con la fecha de entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal. Se agrega, además, información acerca de la ubicación institucional del Ministerio Público en cada país.

Cuadro N° 1<sup>18</sup>

| <b>País</b>                 | <b>Ubicación Institucional</b>                              | <b>Fuente Reforma al MP</b>                                                                                                 | <b>Fecha entrada en vigencia Proceso Penal Reformado</b> |
|-----------------------------|-------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|
| Argentina (Sistema Federal) | Órgano autónomo o extrapoder                                | Reforma Constitucional de 1994 y Ley Orgánica del Ministerio Público n° 24.946 de 1998                                      | 5 de septiembre de 1992                                  |
| Bolivia                     | Órgano autónomo o extrapoder                                | Constitución Política y Ley Orgánica del Ministerio Público n° 1.469 de 1993                                                | 24 de marzo de 2001                                      |
| Colombia                    | Afiliación a la Rama Judicial, pero con autonomía funcional | Constitución de 1991 y Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto n° 2699 de 1991                                         | 1991                                                     |
| Costa Rica                  | Órgano dependiente del Poder Judicial                       | Ley Orgánica del Ministerio Público n° 7.442 de 1994                                                                        | 1 de enero de 1998                                       |
| Chile                       | Órgano autónomo o extrapoder                                | Reforma Constitucional de 1997 (Ley n° 19.519) y Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público n° 19.640 de 1999       | 16 de diciembre de 2000                                  |
| Ecuador                     | Órgano autónomo o extrapoder                                | Constitución de 1998 y Ley Orgánica del Ministerio Público n° 2000-19 de 2000                                               | 1 de julio de 2001                                       |
| El Salvador                 | Órgano autónomo o extrapoder                                | Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 22 de diciembre de 2000                                          | 20 de abril de 1999                                      |
| Guatemala                   | Órgano autónomo o extrapoder                                | Reforma Constitucional por Acuerdo Legislativo 18-93 de 1993 y Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto n° 40-94 de 1994 | Junio de 1994                                            |

<sup>18</sup> El presente cuadro sólo contiene la información de algunos países de la región que han emprendido reformas recientes en su legislación procesal penal. La selección se ha basado en su representatividad en el contexto regional de reformas. Fuente: Elaboración propia.

|           |                                                           |                                                                                        |                       |
|-----------|-----------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|
| Honduras  | Órgano autónomo o extrapoder                              | Ley del Ministerio Público, Decreto nº 228-93 de 1993                                  | 20 de febrero de 2002 |
| Paraguay  | Afiliación al Poder Judicial pero con autonomía funcional | Constitución del Paraguay de 1992, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley nº 1562/00 | 9 de julio de 1999    |
| Venezuela | Órgano autónomo o extrapoder                              | Ley Orgánica del Ministerio Público nº 5262 de 1998.                                   | 1 de julio de 1999    |

Dos breves observaciones respecto a este primer cuadro. La primera es que se puede apreciar claramente un paralelismo entre las reformas al proceso penal experimentadas en cada uno de estos países con las reformas emprendidas al Ministerio Público. La segunda, tiene que ver con el tema de la ubicación institucional del Ministerio Público ya que éste ha sido tradicionalmente uno de los debates más intensos que ha existido en la literatura especializada en la región sobre esta institución.<sup>19</sup> Según se puede

apreciar en los países contenidos en el cuadro, la opción de configurar el Ministerio Público como un órgano autónomo (ya sea extrapoder o dependiendo del Poder Judicial, pero con autonomía funcional) es el que ha primado, en oposición a otras alternativas como su dependencia del ejecutivo o del Poder Judicial sin autonomía funcional (como por ejemplo en Costa Rica). En consecuencia, se trata de un tema cuya discusión ha sido clausurada, al menos desde el punto de vista legal. Ello no quiere decir, como se verá más adelante, que respecto de las opciones adoptadas existen aún muchas indefiniciones, incluso a nivel normativo (vgr. Relación entre autonomía y rendición de cuentas).

### 2.3.- Fortalecimiento Institucional

Las reformas legales han constituido un primer paso indispensable -pero insuficiente por si solo- para asegurar que los fiscales puedan cumplir con las funciones asignadas en el nuevo modelo procesal penal. Es por esto que junto con dichas reformas es posible observar en varios países de la región un proceso paralelo de fortalecimiento institucional de los Ministerios Públicos para que los fiscales pudieran contar no sólo con herramientas legales que les permitieran actuar idóneamente en los nuevos procesos, sino también de recursos mínimamente suficientes para ello.

Sin que todavía sea posible afirmar que este proceso de fortalecimiento esté concluido o que haya sido suficiente para permitir que efectivamente los fiscales

<sup>19</sup> Así por ejemplo puede revisarse: Alberto Bovino, *El Ministerio Público en el Proceso de Reforma de la Justicia Penal en América Latina*, en PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO, Editores del Puerto, Buenos Aires 1998, págs. 29 a 46; Alberto Bovino, *Ministerio Público y Poder Ejecutivo*, mimeo en poder del autor; Juan Bustos, *La Configuración Orgánica e Institucional del Ministerio Público*, EN EL MINISTERIO PÚBLICO PARA UNA NUEVA JUSTICIA PENAL, ob. cit. págs. 173 a 180; Andrés D'Alessio, *The Function of the Prosecution in the Transition to Democracy in Latin America*, en TRANSITION TO DEMOCRACY IN LATIN AMERICA: THE ROLE OF THE JUDICIARY, Westview Press, 1993, pág. 189 y siguientes; Philip B. Heymann, *Should Latin American Prosecutors Be Independent of the Executive in Prosecuting Government Abuses*, en 26 U. Miami Inter-Am. L. Rev., págs. 535 a 559; Elizabeth Iglesias, *Designing the Institutional and Legal Structure of Prosecutorial Power in the Transition to Democracy*, in TRANSITION TO DEMOCRACY IN LATIN AMERICA: THE ROLE OF THE JUDICIARY, ob. cit. pág. 269 y siguientes; Andrés Montes, *Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional que Crea al Ministerio Público*, EN PRIMER CONGRESO NACIONAL SOBRE LA REFORMA DEL PROCESO PENAL, Cuaderno de Análisis Jurídico nº 39, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1998, págs. 135 a 154; Maximiliano Rusconi, *La Reforma Procesal Penal y la Llamada Ubicación Institucional del Ministerio Público*, EN EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO PROCESO PENAL, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, págs. 59 a 79; y Enrique Soller, *La Separación de los Poderes en la República Argentina*

Después de la reforma Constitucional del año 1994 ¿Adiós a la Doctrina de Montesquieu?, Conferencia presentada en el VI Congreso Internacional del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá-Colombia, abril de 1998.

puedan cumplir con sus nuevas funciones, es posible notar avances muy significativos en diversas áreas en numerosos países de la región.

Una primera área donde es posible observar avances es en materia de regulación presupuestaria. Así, por ejemplo, en Ecuador el presupuesto destinado al Ministerio Público para el 2001 era equivalente a US\$ 7,65 millones. En cambio en 2002, año en que comenzó a funcionar la reforma en dicho país, la cifra se incrementó en un 158%, alcanzando un presupuesto de US\$ 12,14 millones.<sup>20</sup>

En El Salvador, en 1997 se destinaban cerca de US\$ 8 millones anuales al presupuesto del Ministerio Público, en tanto que al 2000 dicha cifra se había más que duplicado ascendiendo a US\$ 19 millones de presupuesto anual.<sup>21</sup> Algo similar ha ocurrido en Guatemala, donde en 1995 el presupuesto anual de la institución llegaba a US\$ 11 millones para llegar al año 2001 a ser de US\$ 45 millones.<sup>22</sup> En Bolivia, entre el año 2001 que fue en el que comenzó a funcionar la reforma y el 2003 el presupuesto asignado al Ministerio Público se incrementó en un 55,42% y si se compara dicho presupuesto con el existente el año 1999, en el que la reforma procesal penal aún no entraba en vigencia, se pueden apreciar diferencias cercanas al 100%.<sup>23</sup>

Finalmente, en el caso de Chile, la situación es aún más radical debido a la inexistencia del Ministerio Público con anterioridad al proceso de reforma. Así, en el año 1999 no existía presupuesto para dicha institución y para el 2003 (momento en el cual la reforma estaba implementada en 12 de las 13 regiones del país) se contaba con un presupuesto superior a los

\$44 mil millones de pesos (equivalentes a cerca de US\$ 74 millones).<sup>24</sup>

El aumento de presupuesto ha estado destinado en gran parte a mejorar las pobres condiciones de infraestructura y sistemas de soporte que poseían los fiscales del Ministerio Público en la región. A la vez, ha existido un esfuerzo muy relevante por aumentar en número de fiscales que cumplen funciones en tal institución, lo que constituye una segunda área de fortalecimiento institucional indispensable para que el Ministerio Público pudiera asumir sus nuevos roles procesales. El cuadro n° 2 contiene los datos acerca del número de fiscales por cada 100.000 habitantes en diez países de la región.

Cuadro n° 2  
N° Fiscales por 100.000 habitantes<sup>25</sup>

| País                             | N° fiscales por cada 100.000 habitantes |
|----------------------------------|-----------------------------------------|
| Bolivia                          | 3,7                                     |
| Colombia                         | 8,6                                     |
| Provincia de Córdoba (Argentina) | 8,5                                     |
| Costa Rica                       | 6,5                                     |
| Chile                            | 4,3                                     |
| Ecuador                          | 2,7                                     |
| El Salvador                      | 9,9                                     |
| Guatemala                        | 4,5                                     |
| Honduras                         | 6,0                                     |
| Paraguay                         | 3,2                                     |

<sup>24</sup> Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2003, pág. 43. Cabe señalar que por tratarse de una institución nueva el presupuesto del Ministerio Público en Chile no sólo incluye los costos de operación sino también los de inversión inicial para la construcción de inmuebles y dotación física de las oficinas. El presupuesto también incluyó partidas para la implementación de la reforma en la Región Metropolitana (que representa el 40% de la población del país) cuya puesta en marcha está prevista para junio de 2005.

<sup>25</sup> Fuente: Segundo Informe Comparativo, ob. cit. pág. 38. Con la excepción de Bolivia, Colombia, Chile y Honduras. En el caso de Colombia la fuente es Plan De Desarrollo de la Justicia 1995-1998 y la población calculada por Naciones Unidas para el año 1996. En Chile la fuente es Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. pág. 39. En Bolivia y Honduras los datos provienen de los informes nacionales en el proyecto de investigación de CEJA del año 2004.

<sup>20</sup> Véase, La Evaluación de la Reforma Procesal Penal en el Ecuador, Fondo Justicia y Sociedad Fundación Esquel-USAID, Quito 2003, págs. 51 y 52.

<sup>21</sup> Véase, Segundo Informe Comparativo Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina, en Revista Sistemas Judiciales n° 5, Buenos Aires 2003, pág. 55.

<sup>22</sup> Idem pág. 58.

<sup>23</sup> Véase, Daniel Mogrovejo (autor responsable), Informe Sobre la Implementación de la Reforma Procesal Penal en Bolivia (Ciudad de La Paz), 2004, págs. 50 a 52. En <http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/bol-informe-final.pdf>

Resulta difícil comparar estas cifras con las existentes en países desarrollados que cuentan con sistemas de orientación similar a los de la región debido a la gran variedad existente en la materia. Así, en los extremos es posible encontrar países como Estados Unidos, en donde a nivel estatal para el año 2001 se contaba con 12,3 fiscales por cada 100.000 habitantes en ciudades con poblaciones superiores al millón de habitantes y 10,5 fiscales en ciudades con población entre 500.000 y 999.999 habitantes,<sup>26</sup> en contrapartida con países como Japón que contarían con menos de un fiscal por cada 100.000 habitantes.<sup>27</sup> Con todo, ninguno de los dos ejemplos parecieran constituir la regla general en el contexto de otros países desarrollados con sistemas procesales similares a los que se han intentado establecer en América Latina, los cuales tienen tasas que se ubican en franjas intermedias a las ya vistas.

Un primer ejemplo está constituido por Canadá, con un proceso penal de características muy similares a la de los Estados Unidos, pero en donde la tasa de fiscales era de 6,2 por cada 100.000 habitantes para el año 2.000/2.001.<sup>28</sup> Una situación similar ocurre en Alemania, cuya ordenanza procesal penal ha sido fuente de inspiración para varios de los códigos reformados de la región. Es así como al 31 de diciembre de 2002, la tasa en dicho país era de 6 fiscales por cada 100.000 habitantes.<sup>29</sup> Otro país cuya legislación procesal penal de 1989 ha sido fuente de inspiración a los códigos reformados en América Latina es Italia. De acuerdo a las cifras disponibles en dicho país para el año 1997, la tasa era de 3,73 fiscales por 100.000 habitantes.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Véase Carol De Frances, *State Courts Prosecutors in Large Districts*, 2001, Bureau of Justice Statistics, December 2001, pág. 2.

<sup>27</sup> Véase, A. Didrick Castberg, *Prosecutorial Independence in Japan*, 16 UCLA PAC. BAS. L. J. 38, 44 (1997).

<sup>28</sup> Véase, Canadian Center for Justice Statistics, *Criminal Prosecutions, Personnel and Expenditures 2000/01*.

<sup>29</sup> Datos proporcionados por Stefan Brings de la oficina alemana estatal de estadísticas el día 7 de enero de 2004 por vía de correo electrónico.

<sup>30</sup> El cálculo ha sido realizado sobre la base de los datos contenidos en David Clark, *Italian Styles: Criminal Justice and the Rise of an Active Magistracy*, en *Legal Culture in the Age*

Si las tasas se comparan con las existentes en América Latina, se puede concluir que varios de nuestros países cuentan con cifras parecidas o incluso superiores a las existentes en sistemas comparados pertenecientes a países de mayor desarrollo económico (por ejemplo El Salvador, Colombia y la Provincia de Córdoba en Argentina). Constituyen una excepción los casos de Bolivia, Ecuador y Paraguay, los que, de todas formas, no parecieran tener tasas de fiscales tan lejanas a un país de mucho mayor desarrollo económico como Italia.

Con las prevenciones señaladas acerca de la comparabilidad de estas cifras, ellas parecen ser bastante elocuentes para relativizar la afirmación que tradicionalmente se escucha en América Latina, según la cual los principales problemas de funcionamiento de los fiscales se deben principalmente a la falta de recursos disponibles. Ello porque, al menos tratándose del recurso humano central de dicha institución, los fiscales, las tasas revisadas indicarían que varios países de la región cuentan con cantidades equivalentes o superiores a la de países con mayor desarrollo económico. Es evidente que este problema es mucho más complejo que la sola cantidad de fiscales y no quisiera simplificarlo para efectos del argumento que presento, pero las cifras revisadas tienden a mostrarnos que hay que buscar en otras áreas explicaciones para los problemas que enfrentan los Ministerios Públicos en la región, donde tradicionalmente la respuesta de “falta de recursos” no parece ser tan evidente.

### **3.- ¿Qué ha pasado con la reforma al Ministerio Público en los nuevos sistemas procesal penales?: Identificación de los principales problemas enfrentados hasta el momento**

Como se ha podido revisar en la sección anterior, los Ministerios Públicos de la región han sufrido importantes cambios legislativos con el objetivo de redefinir no sólo su arquitectura institucional, sino también sus funciones para así

of Globalization, Stanford University Press, Stanford-California, 2003, pág. 247.

compatibilizarlas con los requerimientos del nuevo sistema. Aún más, una importante cantidad de países ha aumentado significativamente los presupuestos, las dotaciones de fiscales y la infraestructura del Ministerio Público, con tal de consolidar el cambio que supone el nuevo sistema. Asimismo, también se crearon ciertas expectativas en torno a los objetivos estratégicos llamados a cumplir por parte del Ministerio Público en los nuevos sistemas reformados. En este escenario, la presente sección intenta avanzar en identificar cuáles son los principales problemas que el Ministerio Público ha tenido en este proceso de adaptación institucional, para cumplir adecuadamente con sus nuevas funciones y objetivos estratégicos y avanzar algunas hipótesis que los explican.

Antes de entrar a la exposición sobre los aspectos específicos de lo ocurrido con el Ministerio Público, es necesario contextualizar, tal como lo hace el segundo informe comparativo del proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina, que no obstante enfrentarse diversos problemas en los procesos de reforma a la justicia penal, se trata de procesos vigorosos y muy dinámicos.<sup>31</sup> Sin perjuicio de lo anterior, otra característica central de estos procesos es que han planteado más dificultades de las esperadas para resolver los problemas que se creía hubieran estado en condiciones de responder con mayor rapidez. Este mismo diagnóstico también es replicable tratándose del Ministerio Público. Es decir, es posible constatar mucho dinamismo respecto a cambios en éste, pero la posibilidad de que ellos hayan impactado con la profundidad que se esperaba en la realidad es un proceso mucho más complejo de lo esperado.

Para realizar una presentación más ordenada, me parece que los problemas que pueden detectarse en el trabajo del Ministerio Público en la región pueden agruparse en dos niveles distintos. El primero de ellos se refiere a lo que denominaré problemas de rol institucional y el segundo a dificultades de rol procesal. A continuación se revisarán ambas categorías.

### **3.1.- Problemas de Rol Institucional:**

Para entender adecuadamente los problemas enfrentados por el Ministerio Público para satisfacer adecuadamente las expectativas que se tenían en cuanto a su capacidad de consolidar a los nuevos sistemas procesales, es necesario revisar algunas cuestiones que exceden su actuación procesal, éstas son las que identifico con el nombre de Rol Institucional. Bajo esta categoría agrupé problemas que se refieren a aspectos de conducción institucional o comprensión del rol general de la institución en el nuevo sistema. Es decir, aspectos problemáticos que no se vinculan con las funciones específicas de los fiscales en el proceso penal sino más bien a la forma en que la institución enfrenta el nuevo rol y los desafíos que suponen su inserción en el contexto de la justicia penal reformada en la región.

Sobre la base de la evidencia empírica recopilada en el proyecto de seguimiento de las reformas judiciales en América Latina y mi propia visión acerca del trabajo de los Ministerios Públicos en varios países de la región, me parece posible identificar cuatro problemas relevantes de este tipo. El primero de ellos se refiere a la falta de capacidad de identificación de problemas e innovación, el segundo a la falta de comprensión de ciertas funciones de la institución en el sistema de justicia criminal, el tercero se refiere a la falta de liderazgo institucional y, el cuarto, a una escasa cultura de rendición de cuentas.

#### *a) Dificultades en la identificación de problemas y proposición de soluciones innovadoras*

Un primer aspecto deficitario general se refiere a una cierta incapacidad institucional para poder identificar cuáles son los núcleos problemáticos y dificultades que enfrentan los fiscales en el cumplimiento de sus funciones en los nuevos sistemas procesales. Salvo excepciones muy específicas, los Ministerios Públicos de la región no han podido instalar en sus propias instituciones una capacidad que les permita producir información empírica detallada acerca de la realidad del trabajo de sus fiscales y, así, hacer seguimiento cotidiano de la misma. En muchas hipótesis, obtener

<sup>31</sup> Véase, Segundo Informe Comparativo, ob. cit. págs. 36 y 37.

información estadística básica acerca de la carga de trabajo de la institución y del flujo de casos resulta muy dificultoso. En otros, aún cuando la información estadística existe, ella no parece haber sido diseñada estratégicamente para obtener información relevante sino simplemente para cumplir con el “deber de producir estadísticas”, lo que lleva a que se generen indicadores gruesos y generales que permiten avanzar poco en la comprensión más fina del funcionamiento de la institución.

En este contexto, no es de extrañar que en forma paralela tampoco se haya desarrollado una capacidad importante de innovación para superar los problemas que la institución enfrenta. Allí donde existen dificultades para identificarlos, pensar que se dispondrán de herramientas sofisticadas y novedosas para enfrentar dichos problemas constituye una quimera. En consecuencia, respecto a los problemas y obstáculos, existe poco conocimiento fino y las respuestas para enfrentarlos tienden a enfatizar soluciones muy tradicionales a problemas completamente nuevos.

A esta altura me parece posible formular una hipótesis acerca del origen de este problema. En mi opinión, la fuente de éstos radica -en gran medida- en la persistencia de un cierto estilo de hacer las cosas a nivel institucional en el que todavía se privilegia una aproximación teórica o dogmática a los problemas del sistema de justicia criminal por sobre una entrada destinada a solucionar problemas concretos y específicos. Este defecto es predicable en buena medida a la comunidad legal de América Latina y no pareciera ser sólo achacable al Ministerio Público. Con todo, el que esta institución no haya sido capaz de alterar en su trabajo interno esta tendencia constituye un problema grave para el mejoramiento continuo de la gestión institucional.

Un primer paso para tener Ministerios Públicos renovados y con capacidad de reacción consiste en orientar una parte de sus recursos para la identificación de problemas (por ejemplo a través del monitoreo permanente de su trabajo) y para la producción de información empírica confiable sobre el funcionamiento del propio sistema. A partir de ello, es posible pensar, además, en generar capacidades destinadas al

planteamiento de soluciones innovadoras de tales problemas. Como veremos, la falta de estas capacidades se hace notar en varios de los problemas específicos que se describen más adelante. En consecuencia, un desafío central para el trabajo del Ministerio Público en el futuro es darle el carácter de función crítica a la producción de información. Ello no sólo debe proyectarse a la institucionalidad general, sino que debe también ser un parámetro para el trabajo de las unidades operativas de la institución que son los lugares en donde se produce la información relevante. En la medida en que la producción de información sea sólo considerada una suerte de obligación legal formal, pero sin relevancia en el propio trabajo interno de evaluación y planeación institucional, seguirá ocupando un rol secundario en los Ministerios Públicos de nuestros países.

#### *b) Falta de Liderazgo Institucional: Ministerios Públicos Horizontales*

Un segundo problema de carácter general que me parece posible identificar es la falta de liderazgo a nivel institucional en el Ministerio Público.<sup>32</sup> Con esto no me refiero a un problema de falta de cualidades personales de quienes cumplen funciones de conducción en los diversos Ministerios Públicos de la región, sino más bien a una cierta concepción imperante en la región que tiende a replicar la lógica de autonomía individual de los jueces. Así, un fenómeno muy extendido es el de concebir que cada uno de los fiscales operativos de las fiscalías goza de importantes niveles de autonomía para organizar su trabajo y tomar decisiones acerca de la persecución penal, sin poder aceptar instrucciones o directivas acerca de cómo llevar adelante su trabajo. Esto lleva a modelos de Ministerio Público completamente horizontales, en los que no existe jerarquía que pueda imponer patrones de trabajo colectivos. Evidentemente la autonomía de los fiscales es un valor del sistema a proteger, especialmente frente a la posibilidad de interferencias externas que puedan afectar las decisiones de persecución penal. Con todo, la autonomía en el trabajo de un fiscal no parece ser un valor relevante tratándose de la necesidad de actuar con criterios mínimamente

<sup>32</sup> Sobre la materia véase especialmente Cristián Riego, Ob. cit., págs. 54 y 55.

comunes que permitan aumentar la eficiencia del trabajo de la institución y, en consecuencia, no parece ser razonable de ser protegida para que cada fiscal haga su trabajo “del modo que le parezca”. Es por estas razones que si al fenómeno descrito se suma la carencia de sistemas de estandarización y seguimiento del trabajo de esos mismos fiscales,<sup>33</sup> el resultado es que muchas cúpulas a nivel regional tienen serios problemas para tener una conducción institucional orientada a ciertos fines estratégicos por sobre el criterio específico de cada fiscal en concreto, orientado mucho más fuertemente al día a día en el cumplimiento de sus funciones específicas que al de objetivos institucionales más “abstractos”.<sup>34</sup>

Así, el panorama que se observa en muchos países es que los fiscales -a niveles operativos- gozan de importantes grados de autonomía y toman decisiones sin considerar una visión general más estratégica. En muchas ocasiones eso se explica en un contexto en donde institucionalmente tampoco existe una visión de conducción global de la institución que marque una pauta clara de acción a nivel operativo.

---

<sup>33</sup> Un ejemplo de esto está constituido por el caso de Bolivia. En el informe del proyecto de seguimiento se reporta que en dicho país no obstante existir la posibilidad de dictar instrucciones generales tendientes a unificar el criterio de fiscales, ellas no han sido desarrolladas en actividades básicas como la fijación de criterios para el rechazo de denuncias o priorización de causas a investigarse en la etapa preparatoria. Véase Daniel Mogrovejo, ob. cit. punto 2.3.4 del informe.

<sup>34</sup> Un ejemplo de esto es lo que ocurre en algunos países, como por ejemplo en Argentina, en donde en varias Provincias existe diferenciación entre fiscales de la etapa de investigación y fiscales de juicio. En varios de estos casos ocurre que los fiscales de juicio no se sienten vinculados con las decisiones de los fiscales de las etapas preliminares, por lo que al ir a juicio oral solicitan la absolución del caso. Si bien se trata de situaciones que en un caso concreto pueden ser razonables, sistémicamente parecieran ser impresentables. Una institución que ha llevado adelante la persecución penal por meses o años, con eventuales restricciones a los derechos de los imputados, y luego masivamente no se hace cargo de esas decisiones, no pareciera tener una justificación pública medianamente clara.

El problema descrito se traduce en que en una importante cantidad de situaciones no existe un interlocutor para exigir al Ministerio Público el cumplimiento de las funciones que exceden los aspectos estrictamente procesales que están en manos de los fiscales a nivel operativo, por ejemplo, como veremos, en materias de seguridad ciudadana. Eso dificulta que el Ministerio Público cumpla con otra función relevante que deben cumplir los órganos públicos en un sistema republicano, como lo es el deber de rendir cuentas públicas y asumir responsabilidad por su gestión, tema que revisaré a continuación.

#### *c) Escasa Cultura de Rendición de Cuentas:*

Un tercer problema que me interesa destacar se refiere a una falta de cultura generalizada de los Ministerios Públicos de la región a rendir cuenta pública de su gestión. Se trata nuevamente de una característica que no es imputable con exclusividad a dicha institución ya que parece ser bastante extendida al resto de los órganos públicos en Latinoamérica. Con todo, en el escenario actual en donde los problemas de criminalidad y delincuencia constituyen parte de las preocupaciones centrales de la ciudadanía y, en donde los Ministerios Públicos han sido fortalecidos de manera importante, la poca disposición a entregar información para someter la gestión institucional al escrutinio público resulta impresentable.

La poca disposición de los Ministerios Públicos a rendir cuenta se origina en varios y complejos factores. Me parece posible presentar tres hipótesis que explicarían este fenómeno. En primer lugar, me parece que no está claramente instalada en los fiscales la idea que la sociedad es un cliente al cual hay que rendir cuentas acerca de su actuación. Los fiscales se perciben como operadores estrictamente jurídicos y no como agentes que cumplen una función social relevante respecto de la cual exista la necesidad de satisfacer expectativas concretas de la comunidad o “cliente”. Así, en la mayoría de nuestros países los fiscales tienen una noción muy restringida de su labor, sin percibir que las decisiones de persecución penal representan mucho más que una cuestión técnica. Buena parte de este problema encuentra su fuente en la falta de liderazgo institucional que permita

traspasar una visión más compleja a los fiscales acerca de su rol en una sociedad democrática.

Una segunda hipótesis explicativa se refiere al hecho de que las instituciones que intervienen en los sistemas de justicia criminal de la región no han estado acostumbradas a producir información acerca de su funcionamiento. El secreto y la reserva se han constituido en patrones normales de funcionamiento respaldados por las normas legales de los sistemas inquisitivos.<sup>35</sup> Esto ha generado una cultura reacia a ser observados, analizados y criticados.

Una tercera hipótesis que explicaría la falta de rendición de cuentas se deriva de una errada comprensión del significado de la autonomía institucional que se ha conferido a buena parte de los Ministerios Públicos de la región, según tuve oportunidad de revisar en el cuadro nº 1.<sup>36</sup> Así, ésta ha sido entendida en muchos casos como inmunidad o un estatuto jurídico que blinda a la institución frente al control público y crítica a su funcionamiento.<sup>37</sup> La autonomía, lejos de representar mayores niveles de control y

responsabilidad por parte de los Ministerios Públicos, ha sido entendida como un estatuto jurídico de protección frente a ellas.<sup>38</sup>

De esta forma, no es poco común encontrarse con Ministerios Públicos en la región que básicamente no son responsables ante nadie. Dicha falta ha dificultado dinamizar los procesos de trabajo y gestión de la institución frente a evidentes inercias institucionales y ha generado problemas para cumplir con las funciones procesales básicas asignadas a los fiscales en los nuevos sistemas de justicia penal.

#### *d) Comprensión de Rol: Las otras demandas del Ministerio Público en un Sistema de Justicia Criminal*

No ha sido fácil la instalación del nuevo rol de persecución penal en manos de los fiscales en varios países de la región. En algunos, los jueces no han dado el espacio a los fiscales para intervenir de forma relevante en el proceso.<sup>39</sup> En otros, en cambio, los propios fiscales no han tenido la suficiente fuerza para abrir un espacio adecuado en el sistema al cumplimiento de sus roles (por ejemplo en sus relaciones con la policía). Sin embargo, poco a poco se ha ido consolidando el rol de persecución penal que el nuevo proceso asigna a los fiscales. No ha ocurrido lo mismo con otras demandas que se han planteado al Ministerio Público y que exceden el ámbito estrictamente procesal. Dentro de ellas, me parece que una de las más significativas se refiere a la contribución de esta institución en los problemas de seguridad ciudadana que afectan a la mayoría de los países de la región.

En efecto, aún cuando la solución de los problemas de seguridad ciudadana no forma parte de los objetivos originales de buena parte de las reformas procesales penales en la región, durante la última

<sup>35</sup> Pensemos por ejemplo en el caso del sistema inquisitivo chileno con anterioridad a la reforma, el cual establecía el secreto del sumario tanto respecto de los terceros ajenos al procedimiento cuanto al propio imputado y su defensor.

<sup>36</sup> Las relaciones problemáticas entre nociones como autonomía o independencia y rendición de cuentas son un tema que ha generado bastante literatura en materia de sistemas judiciales. Recomendando revisar, entre otros, Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford 1989, capítulo 2 (Who Watches the Watchmen?), págs. 57 a 113 y Giuseppe di Federico, *La Independencia del Ministerio Fiscal y el Principio Democrático de Responsabilidad en Italia: Análisis de un Caso Anómalo desde una Perspectiva Comparada*, en *Revista del Poder Judicial* nº 48, Madrid 1997, págs. 13 a 36.

<sup>37</sup> Este fenómeno pareciera repetirse en otros sistemas fuera de la región en donde se ha identificado que uno de los principales desafíos para asegurar el deber de rendición de cuentas de las instituciones del sistema de justicia criminal se encuentra, precisamente, en la invocación de distintos niveles de independencia y autonomía. Véase Philip Stenning, *Introduction*, en *Accountability for Criminal Justice*, University of Toronto Press, Canadá 1995, pág. 7.

<sup>38</sup> Para Chile véase, Mauricio Duce ¿Qué Significa un Ministerio Público Autónomo?: Problemas y Perspectivas en el Caso Chileno, en *Apuntes de Derecho* nº 9, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2001, págs. 8 a 11.

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, todavía en muchos países la tendencia en los juicios orales es a que el protagonismo en la producción de información en el juicio lo tengan los jueces y no las partes.

década ha existido una creciente preocupación de la opinión pública por el tema en la mayoría de los países de América Latina. Una muy extendida percepción en la región es que las tasas de criminalidad han aumentado drásticamente sin que el sistema de justicia criminal haya sido suficientemente capaz de manejar tal situación. La consecuencia natural de esto ha sido un crecimiento significativo de las demandas ciudadanas exigiendo cambios que permitan aumentar la eficiencia del sistema para investigar delitos y castigar a los criminales. Ello ha constituido un nuevo catalizador de las reformas realizadas al proceso penal y Ministerio Público en la región.

No es este el momento para discutir cuánto la reforma procesal penal y el Ministerio Público pueden efectivamente contribuir con políticas eficaces de seguridad ciudadana para la prevención del delito. El punto a destacar es que estas demandas han cuestionado seriamente el trabajo de los Ministerios Público en la región, los que se han mostrado en general bastante insensibles frente a las mismas.

En mi opinión, dentro del marco limitado de acción del sistema de justicia criminal y del Ministerio Público, la reforma tiene la potencialidad de realizar importantes contribuciones para combatir los problemas de inseguridad y delincuencia. Ello, sin embargo, no es una consecuencia directa e inmediata de la reforma, sino que supone el desarrollo de varios elementos muy específicos. Uno de los principales aspectos que ello requiere es que el propio Ministerio Público asuma como parte de sus objetivos institucionales algunas acciones en la materia. Así, por ejemplo, se pueden producir mejoras relevantes en materias de prevención si éste logra niveles de coordinación más finos con las agencias estatales a cargo de los programas de prevención. Lo mismo si se hace uso de sus herramientas procesales en forma que no sea contradictoria con políticas criminales orientadas a la mejora de niveles de seguridad ciudadana (por ejemplo cuando perseguir o desestimar casos, ocupar la suspensión a prueba del proceso, entre otras). De otra parte, una adecuada atención a las víctimas, primeras personas en donde la sociedad forma sus percepciones acerca del trabajo del sistema, puede constituir una estrategia clave para mejorar los niveles de

confianza en el sistema y disminuir las sensaciones de temor ciudadano. Los casos anteriores constituyen algunos ejemplos frente a múltiples experiencias que existen en el ámbito internacional sobre la materia.

El problema es que, en varios países de la región, el Ministerio Público no ha mostrado sensibilidad en el tema y, por el contrario, se ha manifestado públicamente reacio a asumir cualquier responsabilidad en materia de seguridad ciudadana, argumentando en muchos casos que dicho deber no forma parte de sus funciones ni obligaciones. Esta situación ha impedido que la reforma a los Ministerios Públicos haya servido como respuesta frente a las demandas sociales en el tema. Además, ello ha constituido un foco de crítica que ha llevado a deslegitimar a la institución en frente de la opinión pública y, en muchas ocasiones, cuestionar la conveniencia de la reforma en su conjunto.

En mi opinión, resulta indispensable que el Ministerio Público abandone la concepción rígida y tradicional según la cual le toca desempeñar el papel de una institución cuasi-judicial cuyo único rol relevante es el procesal. Esto es un error desde el punto de vista técnico, a la vez que desde un punto de vista político constituye una muy mala estrategia de inserción institucional. En la medida que el Ministerio Público asuma como parte de sus responsabilidades contribuir a superar, al menos en una parte, los problemas de seguridad ciudadana, eso fortalecerá su posicionamiento institucional en la región.

### **3.2.- Problemas de Rol Procesal:**

En esta categoría se incluyen problemas específicos que ha enfrentado el Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones más básicas – y que han sido asignadas en virtud de la implementación de los nuevos sistemas procesales- o que su reconfiguración debía de satisfacer en el proceso de desarrollo y consolidación de la reforma a los sistemas de enjuiciamiento criminal inquisitivos. Es decir, funciones estratégicas que asociadas al nuevo rol de persecución penal entregado al Ministerio Público, éste debía cumplir para afianzar el nuevo modelo procesal acusatorio instaurado como consecuencia de la reforma.

Al igual que en la sección anterior, la evidencia empírica recopilada en el proyecto de seguimiento de las reformas judiciales en América Latina, sumado a mi propia visión acerca del desarrollo de los procesos de reforma en la región, me permiten identificar principalmente cuatro problemas de este tipo. El primero de ellos se refiere al escaso impacto que ha tenido el trabajo del Ministerio Público en dinamizar la etapa de instrucción criminal. El segundo se refiere a la limitada capacidad del Ministerio Público para controlar la carga de trabajo del sistema. El tercero, se encuentra en el hecho que el Ministerio Público no se ha transformado en un agente relevante en la promoción y protección de los derechos de las víctimas. Finalmente, en cuarto término, está la problemática relación del Ministerio Público con la policía y el cumplimiento de sus funciones investigativas. A continuación se presentarán con mayor detalle cada uno de estos problemas.

a) *Limitado Impacto en Dinamizar la Etapa de Instrucción Criminal*<sup>40</sup>

Como analicé, una de las grandes expectativas que se tenían con la reforma al Ministerio Público en el contexto de los procesos de reforma a los sistemas de enjuiciamiento criminal inquisitivos era su aporte decisivo para dismantelar las estructuras tradicionales de la investigación criminal, que se caracterizaban por su extremo formalismo, rigidez y por el carácter altamente burocratizado de sus métodos de trabajo. Con todo, la observación del trabajo de los fiscales en varios países da cuenta que los Ministerios Público reformados han tendido a repetir los métodos de trabajo del sistema inquisitivo. Así, en una buena parte de nuestros países la etapa de investigación criminal sigue siendo básicamente una metodología de trabajo destinada a la construcción burocrática del expediente al igual que en los sistemas inquisitivos anteriores. La diferencia es que se trata de una labor que han asumido los fiscales en vez de los jueces de instrucción.

---

<sup>40</sup> Este primer problema es especialmente destacado en el Segundo Informe Comparativo, ob. cit, págs, 37 a 39.

La falta de innovación del Ministerio Público en su forma de organizar el trabajo durante la etapa de investigación criminal, que pudiera haber alterado la dinámica establecida en el contexto de los sistemas inquisitivos, se refleja en varias cuestiones. Una de las más relevantes ha sido una tendencia a organizar al Ministerio Público de manera que refleje a las estructuras judiciales. Es decir, como una copia al carbón de las mismas. Esto ha significado que las fiscalías se han organizado como una sombra del modelo de organización judicial generándose así varios problemas con ello. El principal que me interesa destacar es que esta reproducción del modelo ha traspasado la lógica de organizar el trabajo judicial que no es la más eficiente para el desempeño de una función completamente distinta como lo es la de persecución penal. La lógica de la organización judicial está pensada fundamentalmente en clave de protección de garantías, en cambio, la de un Ministerio Público moderno debiera estar en aumentar la eficacia y racionalidad de las actividades de persecución penal que son su trabajo central.

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de problemas de organización y falta de innovación en las metodologías de trabajo del Ministerio Público se encuentra en los sistemas de asignación de casos. Éste todavía impera en una gran cantidad de países con la asignación individual de casos, reproduciendo la lógica de los sistemas jurisdiccionales. Esto significa que una vez ingresado el caso a la fiscalía, éste es asignado a un fiscal, el cual tendrá “competencia” para conocer todo el caso (o al menos en la etapa procesal en donde interviene ese fiscal ya que debido a la organización refleja muchos sistemas entregan a los fiscales “competencia” por etapas del proceso). En este modelo, cada fiscal litigará las audiencias que generan sus propios casos y sólo él podrá tomar decisiones en el mismo. Con ello se generan importantes espacios de tiempos muertos y no se aprovechan economías a escala, que formas de organización de trabajo más colectivo u horizontales permitirían. En este sentido, es posible constatar una casi inexistencia de trabajo en equipos. Cada fiscal trabaja en su propio metro cuadrado sin permitir que otros “se inmiscuyan” en cómo él lo lleva adelante. Mi punto aquí no es afirmar la

inconveniencia absoluta de este modelo de asignación por cartera, de hecho en algunos casos puede resultar ser el más eficiente de acuerdo con las características específicas de una fiscalía determinada. El punto a destacar es que no existe una mayor innovación en la forma de organizar el trabajo que lleve a pensar modelos distintos y flexibles para diversos tipos de situaciones en donde la experiencia acumulada indica, por ejemplo, que la asignación horizontal o por flujo puede ser más idónea que la vertical o por cartera.

Un segundo ejemplo en donde es posible constatar una falta de innovación en los modelos de organización del trabajo del Ministerio Público se refiere a la especialización de funciones como criterio del mismo. Salvo casos de especialización temática para la investigación y procesamiento de algunas categorías específicas de delitos (típicamente las unidades de investigación por categorías de delitos, por ejemplo drogas, sexuales, etc.) no existen otras formas de organización especializada del trabajo. Esto contrasta con múltiples experiencias de especialización funcional. Así, modelos de especialización funcional discriminan actividades claves de la fiscalía y organizan su trabajo en torno a las mismas. Por ejemplo, evaluación y selección de casos, litigación de determinadas audiencias especialmente complejas, persecución penal de casos de alto perfil público, entre otras. Nuevamente el punto aquí no es señalar la inconveniencia de la especialización temática, sino que marcar que existen múltiples y más sofisticadas fórmulas para especializar un trabajo en una fiscalía, que tienen capacidad potencial de mejorar significativamente los resultados de trabajo de las mismas y que normalmente están ausentes en los Ministerios Públicos de la región, mas por desconocimiento o inercia de las formas más tradicionales de trabajo que por decisiones explícitas sobre la conveniencia de las mismas.

Un tercer ejemplo se da en el área de administración de las fiscalías. Así, tampoco es posible observar avances relevantes en la profesionalización de la administración de las fiscalías y los servicios de soporte técnico. Buena parte de los Ministerios Públicos de la región siguen siendo fundamentalmente el lugar

de trabajo de “juristas”, desaprovechando así el conocimiento y experiencia acumulados en otras disciplinas que podrían aportar una mirada fresca e innovadora en la forma de organizar la gestión del trabajo de los fiscales. El cómo organizar en forma más eficiente el trabajo de un equipo de investigación o procesamiento de información no es una materia en la cual un abogado tenga, por formación profesional, más herramientas que un administrador. Por ello, la falta de incorporación más masiva de estos profesionales en la gestión del Ministerio Público es una de las razones que explica la perpetuación de las formas más tradicionales de organizar el trabajo de los fiscales.

Los aspectos relatados a modo ejemplar se traducen en una fuerte tendencia de los fiscales a reproducir lo que los jueces de instrucción realizaban en el contexto de los sistemas inquisitivos. Es decir, seguir una pauta homogénea, formalista y burocrática de tramitación de casos destinada como objetivo principal a la construcción del expediente. Ello no sólo tiene impacto en la reproducción de lógicas ineficientes de organizar el trabajo, sino que también se traduce en vulneración de principios básicos del nuevo sistema tales como los de publicidad, oralidad, inmediatez.

#### *b) Limitada Capacidad para Controlar la Carga de Trabajo:*

La función más básica que un sistema de justicia criminal debe estar en condiciones de satisfacer es la capacidad de manejar razonablemente los casos que conoce, o bien, hacerse cargo del flujo de casos que recibe. En este sentido, la variable principal que condiciona el correcto funcionamiento de un sistema de justicia criminal es el manejo y control del flujo de casos que recibe. En la medida que el sistema no desarrolle una política de control del flujo de casos que le permita dominar la carga de trabajo, resulta difícil que pueda operar dentro de parámetros mínimos de racionalidad y calidad. En este sentido, la sobrecarga de trabajo de los sistemas de justicia criminal pareciera ser el principal foco de problemas para el funcionamiento de los mismos. Por estas razones, la mayoría de las reformas procesales establecieron un conjunto de criterios e instituciones que le permitían al

Ministerio Público desarrollar una política de control de la carga de trabajo del sistema, con el objetivo de superar la situación que imponía la vigencia irrestricta del principio de legalidad en el contexto de los sistemas inquisitivos. Dentro de las facultades que los sistemas reformados han consagrado se le dieron al Ministerio Público facultades para desechar tempranamente casos recurriendo a diversos criterios de oportunidad (mínima gravedad, retribución natural, etc.), buscar soluciones alternativas al sistema por medio de salidas alternativas (suspensión del proceso a prueba y reparación entre las principales) y sistemas de simplificación procesal destinados a ahorrar trámites del proceso innecesario para ciertos perfiles de casos (procedimiento abreviado, por delitos flagrantes, entre otras).

La entrega de estas facultades a los fiscales es lo que, según mencionaba en forma precedente, transformaban al Ministerio Público en la llave de entrada del sistema. Sin embargo, la observación del comportamiento de los fiscales en el uso de las herramientas descritas da cuenta que el Ministerio Público las ha sub-utilizado, particularmente a los mecanismos de descongestión temprana (criterios de oportunidad) y salidas alternativas. El cuadro número tres contiene un resumen con el porcentaje de casos en los que se utilizan ambas herramientas en nueve países de la región.

Cuadro n° 3<sup>41</sup>

Uso de Salidas Alternativas y Facultades Discrecionales del Ministerio Público

| País                | % en que se usan |
|---------------------|------------------|
| Bolivia             | 40%              |
| Córdoba (Argentina) | 1 %              |
| Costa Rica          | 64 %             |
| Chile               | 75 %             |
| Ecuador             | 2 %              |
| El Salvador         | 26 %             |
| Honduras            | 8%               |
| Guatemala           | 4 %              |
| Paraguay            | 10 %             |

<sup>41</sup> Fuente: Informes Proyecto de Seguimiento. En el caso de Chile se ha utilizado Boletín Estadístico del Ministerio Público 2003. Se incluyen suspensiones del proceso a prueba, acuerdos reparatorios y el uso de criterios de oportunidad. No se incluyen procedimientos abreviados.

Según se puede apreciar, con la excepción de Chile y Costa Rica, el ejercicio de estas herramientas en el resto de los países es extremadamente bajo. <sup>42</sup> El impacto de esto ha sido que los sistemas reformados han debido trabajar con una gran cantidad de casos abiertos sin que los fiscales efectivamente puedan realizar en aquéllos actividades productivas de investigación. Ello ha reforzado el tratamiento burocrático de los casos y la reproducción en la lógica de tramitación que se les daba en los sistemas inquisitivos, a la vez que ha impedido que el nuevo sistema pueda priorizar su trabajo en los delitos socialmente más relevantes y en aquellos que el sistema tiene efectivas posibilidades de investigación. Así, la imagen común de un fiscal en la región será con una gran cantidad de casos abiertos al mismo tiempo, muchos de los cuales no tienen posibilidades reales de ser resueltos o socialmente no resulta útiles perseguir criminalmente y que, no obstante ello, le generan diariamente al fiscal o a la policía una carga de trabajo que copa su tiempo y, además, produce una sensación de agobio que impide avanzar con rapidez en aquellos casos en que el sistema sí tendría posibilidades concretas de hacerlo.

Hay varias hipótesis que explican los bajos porcentajes mencionados. Me interesa detenerme en una de ellas. Muchos Ministerios Públicos de la región no han sido capaces de romper la dinámica burocrática de evaluación o más bien la inexistencia de una evaluación temprana de los casos que reciben, que fue heredada de la lógica de los sistemas inquisitivos anteriores a los procesos reformados. Es necesario recordar que en estos normalmente existían versiones bastante extremas del principio de legalidad procesal, según las cuales los órganos de persecución penal no podían interrumpir o suspender tempranamente la persecución penal. En dicho escenario todo caso ingresado era procesado por el sistema y recibía algún tipo de tramitación relativamente extendida en el tiempo.

<sup>42</sup> Debe señalarse que en los casos de Ecuador y Córdoba en Argentina el bajo porcentaje no sólo se explica por problemas en el Ministerio Público sino debido a que la legislación en ambos países entrega limitadas facultades a los fiscales para seleccionar su carga de trabajo en comparación con el resto de países contenidos en el cuadro.

Algo similar ha ocurrido en muchos países de la región en los procesos reformados, pero en el contexto de sistemas que sí han contemplado excepciones importantes al principio de legalidad. Así, la evaluación temprana de casos parece no constituir una función crucial del trabajo de los fiscales, ni tampoco para la cual existan procesos específicos de trabajo diseñados con el propósito de realizarla de forma eficaz. Lo mismo ocurre con el trabajo para dar lugar a salidas alternativas, tales como las suspensiones del proceso a prueba o acuerdos reparatorios. En cambio, allí donde esta función se ha especializado y el Ministerio Público ha establecido como objetivo prioritario la selección de casos, los resultados del sistema han mostrado notables aumentos en el ejercicio de estas facultades. Así, por ejemplo, en el caso chileno durante el primer año de funcionamiento, las tasas de desestimación de casos fueron relativamente bajas en comparación con lo acaecido el segundo y tercer año. La explicación básica de ese cambio obedece a la introducción de diversos mecanismos de evaluación y la decisión temprana de casos que no estaban previstos por el Ministerio Público cuando la reforma se puso en marcha. Ello se tradujo en un aumento significativo de casos desestimados y una rebaja muy importante de casos pendientes en manos de los fiscales.<sup>43</sup>

*c) Limitado Cumplimiento de la función de promoción y protección de los derechos de las Víctimas*

Una tercera área de problemas específicos que ha enfrentado el Ministerio Público para cumplir con las expectativas básicas de su reforma se vincula con sus nuevas funciones respecto a las víctimas de los delitos. No obstante haberse producido avances muy significativos en materia de diseño normativo de derechos a favor de las víctimas, todavía es posible constatar que el Ministerio Público no se ha convertido en un actor muy vigoroso en la promoción y protección de los mismos.

Una primera cuestión que es posible constatar en el área, es la falta de una

institucionalidad en el Ministerio Público que se encargue de diseñar y ejecutar políticas en materia de promoción y protección de los derechos de las víctimas. Salvo contados casos -y con problemas de cobertura territorial- son pocos los Ministerios Públicos que cuentan con algún tipo de institucionalidad especializada en la materia. Esta situación se refleja también en la falta de programas concretos de intervención, como por ejemplo de información de las víctimas o protección a las mismas.

Frente a la falta de institucionalidad, operativamente el vínculo con las víctimas queda en manos de los fiscales. En este nivel también se detectan varios problemas. En primer lugar, los fiscales no perciben que las víctimas constituyen “clientes” respecto de quienes deben considerar su opinión para tomar decisiones acerca de la persecución penal de los casos. En segundo lugar, muchas veces tener un rol activo en la promoción de los derechos de las víctimas entra en conflicto con la lógica de persecución penal y, esta última, prima finalmente en caso que hubiera una contraposición de intereses dejando a la víctima completamente insatisfecha respecto de sus pretensiones. Esto obedece no sólo a la falta de sensibilización de los fiscales respecto a la comprensión de los problemas de las víctimas sino también debido a que normalmente la evaluación de su trabajo se medirá por resultados en la persecución penal más tradicional. Un ejemplo típico donde se generan dinámicas de este tipo es tratándose de casos en los que fiscales privilegian la persecución penal por sobre el término del caso utilizando mecanismos de reparación a favor de la víctima argumentando interés público por sobre la voluntad de esta última.

En este escenario, uno de los problemas centrales que se observa es la falta de capacitación de los fiscales que los permita sensibilizarse respecto de las necesidades de las víctimas, como también la ausencia de políticas institucionales que pongan dicho tema como una cuestión de relevancia en el trabajo de los fiscales. Esta sensibilización no significa sólo cuestiones abstractas o puramente discursivas acerca de la importancia de la víctima, sino que el diseño de incentivos concretos, como por ejemplo evaluación de desempeño, asociados al logro del

<sup>43</sup> Una explicación detallada de esto con indicación de las cifras concretas puede revisarse en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit. págs. 91 a 96.

objetivo de satisfacción real de los intereses específicos de la víctima en el proceso.

d) *Ministerio Público y Policía: Problemas de coordinación y definición de funciones*

Las relaciones entre Ministerio Público y Policía constituyen otro aspecto problemático en el cumplimiento de funciones de parte del Ministerio Público. La coordinación entre ambas instituciones es un factor crítico para la implementación exitosa del nuevo sistema y el cumplimiento de las funciones básicas de los fiscales en el nuevo proceso. No obstante lo anterior, en varios países de la región las relaciones entre éstas son, al menos, deficientes lo que, a su vez, genera problemas en la consolidación de la dinámica del nuevo proceso. Las causas de esta situación son variadas y complejas, pero me interesa enfatizar algunos problemas específicos que presenta la relación Policía- Ministerio Público que requieren ser confrontados en un trabajo futuro en esta materia. Antes de ello me interesa destacar que este problema presenta dimensiones vinculados tanto a las funciones procesales del Ministerio Público como a cuestiones de carácter institucional. Con todo, he preferido reservar su análisis en esta sección para enfatizar el impacto del problema en el asentamiento del nuevo modelo procesal en la región.

La policía tradicionalmente no ha sido objeto de preocupación por parte de los académicos y reformistas en América Latina.<sup>44</sup> Además, es una institución casi desconocida para la sociedad, difícil de

<sup>44</sup> En este mismo sentido véase, entre otros, Alberto Binder, ob. cit., pág. 82; Maximiliano Rusconi, *Reformulación de los Sistemas de Justicia Penal en América Latina y Policía: Algunas Reflexiones*, en PENA Y ESTADO Nº3, 1998, págs. 189 y 190; y, Mauricio Duce y Felipe González, *Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su y Función y Organización*, en PENA Y ESTADO Nº 3, 1998, págs. 51 a 53. En este último se sugiere que una de las razones de esta falta de preocupación ha sido un entendimiento excesivamente formalista del proceso penal como un conjunto de trámites y plazos de carácter judicial de acuerdo al cual sólo los procedimientos judiciales son considerados parte del objeto de estudio del proceso penal por parte de los juristas.

entender para quienes no tienen una relación cercana con el mundo policial. Esta falta de conocimiento explica en buena medida la existencia de una brecha entre el “mundo policial” y el “mundo civil” que se fortaleció durante los períodos de gobiernos no democráticos en la América Latina. La consecuencia de esto es que la reforma a la justicia criminal en la región no ha incorporado reformas significativas en la organización policial sino en casos muy específicos.<sup>45</sup> Más aún, en los casos en que las relaciones entre la policía y el Ministerio Público han sido reguladas normativamente en los nuevos códigos procesales penales, ello ha sido en términos bastante ambiguos generado serios problemas para la coordinación entre ambas instituciones. A este respecto uno de los aspectos problemáticos ha sido el significado de “dirección funcional” del Ministerio Público sobre la policía para los efectos de la investigación preliminar. Así, la policía ha argumentado que esta dirección entra en conflicto con la cadena de mando institucional y, por otra parte, que ellos no son una institución que se encuentre bajo la dependencia del Ministerio Público.<sup>46</sup> En el otro extremo, muchos fiscales entienden que tal dirección les da un poder total sobre el trabajo policial sin considerar la experticia de los investigadores policiales o incluso se cree que ello los autoriza a sustituir el trabajo de los mismos por vía de asumir la investigación criminal como una función propia.

Todos estos problemas se han traducido en el funcionamiento concreto del sistema en una incomprensión y falta de comunicación entre ambas instituciones. Es así como los programas de capacitación del Ministerio Público regularmente no incluyen las nociones más básicas acerca de técnicas,

<sup>45</sup> Una excepción paradigmática está constituida por el caso de El Salvador, donde una nueva fuerza policial ha sido creada. Sin embargo, la creación de este nuevo cuerpo policial es el resultado de la implementación de los acuerdos de paz y no un producto del nuevo sistema de justicia criminal implementado en ese país recientemente. Sobre la nueva policía de El Salvador puede verse Gustavo Palmieri, *Reflexiones y Perspectivas de la Reforma Policial en El Salvador*, en PENA Y ESTADO Nº 3, 1998, págs. 313-340.

<sup>46</sup> Al respecto ver Linn Hammergren, *THE POLITICS OF JUSTICE AND JUSTICE REFORM IN LATIN AMERICA*, WestviewPress, 1998, pág. 275.

herramientas y estrategias utilizadas por la policía en las investigaciones criminales que les permita comprender la lógica del mundo policial y las dificultades que enfrenta el trabajo concreto de los policías. Los programas de capacitación policial tampoco se caracterizan por desarrollar habilidades y destrezas que les permitan a sus agentes establecer relaciones constructivas con los fiscales. En este escenario, es difícil esperar una efectiva y coordinada relación.

Las problemáticas relaciones entre el Ministerio Público y la Policía me parece también pueden ser entendidas como un resultado de la tensión generada por el surgimiento de un nuevo actor institucional que comparte el poder que la policía solía tener en el antiguo sistema y, tal vez más importante, un actor que tiene como uno de sus objetivos centrales el control del trabajo policial. No obstante las reglas formales que establecen que a los jueces de instrucción les correspondía un importante control de la actividad policial en la investigación de los delitos, la policía en la región había desarrollado amplios espacios de autonomía en la práctica del sistema inquisitivo.

En este complejo escenario, el Ministerio Público ha carecido de sensibilidad para acercarse adecuadamente a las policías y desarrollar relaciones constructivas para llevar adelante el trabajo de investigación criminal. En muchos casos el propio Ministerio Público no tiene claridad acerca de los roles y funciones y de la correcta división de labores que debe haber entre fiscales y policías. El Ministerio Público tiene que comprender que quien realiza por regla general las actividades de investigación concreta por razones de experticia profesional, cobertura territorial y medios disponibles es la policía. Debe también entender que hay una experticia que los policías disponen que debe ser aprovechada para el potenciamiento de la persecución penal. Por otra parte, debe ser capaz de mostrarle a la policía que sin una coordinación con su trabajo, los resultados de sus investigaciones sirven de poco o nada. En este sentido, los fiscales del Ministerio Público juegan un rol clave en el nuevo modelo procesal al actuar como verdaderas bisagras entre el mundo policial y judicial, o sea, como un puente de plata para transformar la información

obtenida en la investigación policial en un caso judicialmente sustentable y ganable. El Ministerio Público tiene una posición privilegiada en el diseño de los nuevos modelos procesales para superar el abismo existente entre ambos mundos. Con todo, la experiencia de varios países de la región indica que no ha sido suficientemente fuerte para asumir con protagonismo tal función, ni tampoco ha tenido la claridad para comprender adecuadamente que en dicha función se concentran sus principales fortalezas en relación con el trabajo policial.

#### **4.- Algunas Consideraciones Finales:**

Los procesos de reforma a los sistemas de justicia criminal en América Latina aún se encuentran en etapa de asentamiento, lo mismo con los cambios experimentados por el Ministerio Público. En este contexto, el objetivo central de este trabajo ha sido el de realizar una identificación preliminar de los problemas que éste ha enfrentado hasta el momento, para satisfacer las expectativas que justificaron estos con el propósito de contribuir al desarrollo de un debate sobre los mismos y de guiar futuras actividades de investigación que nos permitan profundizar en sus causas y posibles soluciones.

Como conclusión, me parece posible afirmar que los fiscales han tenido diversos problemas para enfrentar y satisfacer parte de las demandas básicas que han justificado la reforma procesal penal y los cambios experimentados en su propia institucionalidad. Con todo, no debe confundirse este diagnóstico crítico con una situación de incumplimiento absoluto de objetivos. Por el contrario, los informes nacionales del Proyecto de Seguimiento de las Reformas Judiciales en América Latina junto con mostrar varios de los problemas reseñados en este trabajo también dan cuenta de múltiples experiencias exitosas en áreas específicas de actuación de los fiscales. Así, hay varios casos en los que han desarrollado experiencias muy exitosas de trabajo en equipos entre fiscales y policías, en el establecimiento de sistemas de evaluación temprana de denuncias, en la creación de oficinas especializadas para la protección de víctimas, en la introducción de criterios modernos de administración, entre otras muchas que resulta dificultoso enumerar con detalle en este trabajo.

En este contexto, los Ministerios Públicos de América Latina deben profundizar las líneas de trabajo en donde se han logrado implementar programas exitosos de acción. Ello parte, en primer lugar, por un cambio muy relevante en la orientación al trabajo. Como se señalaba con anterioridad, sin una capacidad importante para producir información empírica confiable acerca del funcionamiento del sistema y sin que esa capacidad se construya pensando en la solución de problemas concretos de la institución será imposible pensar que a corto plazo los problemas descritos puedan superarse. Pero junto con ello debe tenerse claridad acerca de cuáles son los objetivos más relevantes que la institución está llamada a cumplir en el contexto de un sistema acusatorio y en un proceso de transformación como lo han sido las reformas experimentadas en la región en los últimos años.

Ambas cuestiones exigen liderazgo y capacidad de innovación en los Ministerios Públicos que no han estado presentes hasta ahora. Aquí se presenta en mi opinión el gran desafío que exige la etapa actual del proceso de reforma a la justicia criminal en la región.

**UNIDAD II: EL USO DE HERRAMIENTAS RESTAURATIVAS EN SEDE  
FISCAL**

SOLARI ESCOBEDO, Azucena “La Remisión Fiscal, el caso de  
Lima en la Revista Justicia para crecer N°2, Abril Junio 2006, p  
20-21

# La Remisión en S



Dra. Azucena Solari  
Fiscal Provincial de Familia de Lima

Conforme lo establece la Constitución Política del Perú, la persona y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, por eso es ineludible obligación de estos proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Esta disposición debe orientarnos para desarrollar una justicia penal juvenil que aplique ampliamente medidas como la remisión, que permitan a un adolescente en etapa de formación ser orientado y recibir un desarrollo integral.

La remisión se define como la separación del adolescente del proceso judicial con el objeto de eliminar los efectos negativos de su participación en la comisión de un hecho infractor. Está regulada en los artículos 223° a 228° del Código de los Niños y Adolescentes de nuestro país. Puede ser concedida en sede fiscal o judicial y tiene por objeto brindar medidas alternativas para evitar la aplicación de una medida socioeducativa y separar al adolescente de un proceso judicial.

La aplicación de esta medida contribuye a la desjudicialización y debe ser considerada como una expresión de justicia alternativa. Por ello resulta importante destacar, de acuerdo a la estadística disponible, que las Fiscalías están aplicando la remisión en infracciones contra la vida el cuerpo y la salud, contra el patrimonio o en las faltas contra la persona.

Los Fiscales, como operadores de la justicia, han adoptado diversas alternativas, entre ellas, la remisión y archivo, si es que no se tipifica o no se acredita la comisión del hecho infractor, y para ello, conforme sostiene Dworkin, puede valorarse que: *"Un Fiscal puede encontrar razones adecuadas para no insistir en los cargos si el infractor a la ley es joven, o inexperto, o es el único sostén de una familia, o se arrepiente, o si acusa a sus cómplices"*.

## Limitaciones

Las limitaciones observadas para la aplicación de la remisión en sede fiscal se pueden atribuir a factores como:

- La falta de difusión de la norma en la etapa policial, en la cual se ha intervenido a los presuntos adolescentes infractores en situación de flagrancia. Ante la ausencia de gravedad, se les debería informar sobre los beneficios de la institución, así como de la necesidad de reparación del daño y de la asistencia a un programa de orientación.

- La carencia de orientación sobre las reparaciones y los compromisos que asumen los adolescentes presuntos infractores.
- En las denuncias que no registran gravedad y en las cuales pudiera ser aplicada la remisión, la familia no brinda el soporte necesario ni siquiera para acompañar en las citaciones efectuadas por la Fiscalía con la debida insistencia, actitud omisiva y perturbatoria que puede provocar el ejercicio de la atribución de formalizar la denuncia respectiva.
- La ausencia de los padres o responsables del adolescente en las diligencias efectuadas en las comisarías en investigaciones que pudieran significar procesos judiciales bajo comparecencia, determina que los adolescentes se vean sometidos a un proceso tutelar con lo cual se retorna al sistema de la situación irregular y se vulneran los derechos del adolescente, promoviendo su institucionalización.
- Las remisiones concedidas registran informes de inasistencia a los programas del servicio de orientación al adolescente, lo que perjudica la intención del operador de justicia sobre su vigencia.

## Aplicación

A continuación, algunos datos estadísticos sobre las remisiones otorgadas durante el año 2005. A modo de ilustración, mencionaremos que en el Módulo de Justicia de El Agustino se concedieron 9 remisiones en el transcurso del 2005, probablemente a efecto del proyecto piloto de Justicia Juvenil Restaurativa iniciado en esta zona desde marzo del 2005, mientras que durante los 5 años anteriores al proyecto, solo 8 remisiones habían sido registradas.

La incidencia corresponde a las siguientes infracciones en 19 Fiscalías de Familia de Lima, realizadas durante al año 2005:

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| Infracción contra la vida, el cuerpo y la salud | 34 |
| Infracción contra el patrimonio                 | 30 |
| Tráfico ilícito de drogas                       | 1  |
| Faltas                                          | 2  |
| Total                                           | 67 |

# de Fiscal, el caso de Lima

**¿Cómo se aplica la remisión en nuestro medio? Todo indica que la aplicación de esta institución en el Perú todavía está en una fase inicial. El artículo señala obstáculos a superar y plantea propuestas para intensificar el uso de la remisión por parte de las fiscalías de familia.**

## Denuncias ingresadas a las Fiscalías Provinciales de Familia de Lima por infracciones de adolescentes a la ley penal

Año 2005 Fuente: Gerencia de Planificación, Racionalización y Estadística del Ministerio Público

| Fiscalía                         | Denuncias | En Investigación | Formalizadas <sup>1</sup> | Remisión | Otras | Archivo | Derivadas <sup>2</sup> |
|----------------------------------|-----------|------------------|---------------------------|----------|-------|---------|------------------------|
| 1º                               | 83        | 1                | 57                        | 0        | 5     | 11      | 9                      |
| 2º                               | 64        | 2                | 45                        | 5        | 6     | 6       | 0                      |
| 3º                               | 117       | 18               | 109                       | 4        | 2     | 6       | 22                     |
| 4º                               | 182       | 19               | 106                       | 14       | 1     | 29      | 13                     |
| 5º                               | 75        | 0                | 33                        | 3        | 0     | 2       | 38                     |
| 6º                               | 89        | 0                | 60                        | 0        | 14    | 15      | 0                      |
| 7º                               | 51        | 0                | 39                        | 0        | 12    | 0       | 0                      |
| 8º                               | 131       | 0                | 36                        | 6        | 34    | 47      | 7                      |
| 9º                               | 127       | 14               | 53                        | 18       | 2     | 34      | 5                      |
| 10º                              | 44        | 1                | 26                        | 0        | 8     | 4       | 2                      |
| 11º                              | 115       | 15               | 41                        | 3        | 1     | 23      | 8                      |
| 12º                              | 43        | 0                | 27                        | 0        | 4     | 5       | 7                      |
| 13º                              | 119       | 3                | 71                        | 0        | 2     | 31      | 12                     |
| 14º                              | 93        | 4                | 39                        | 0        | 0     | 12      | 15                     |
| 16º                              | 151       | 5                | 34                        | 10       | 33    | 8       | 33                     |
| 17º                              | 28        | 4                | 8                         | 0        | 6     | 5       | 5                      |
| 18º                              | 123       | 5                | 95                        | 0        | 0     | 20      | 3                      |
| 19º                              | 69        | 11               | 30                        | 0        | 1     | 16      | 0                      |
| 20º                              | 168       | 2                | 120                       | 4        | 16    | 20      | 4                      |
| M.B.J. <sup>3</sup> El Agustino  | 345       | 0                | 128                       | 6        | 72    | 25      | 5                      |
| F.D. <sup>4</sup> 1º Santa Anita | 153       | 0                | 134                       | 0        | 3     | 16      | 0                      |
| F.D. <sup>4</sup> 2º Santa Anita | 156       | 8                | 124                       | 0        | 4     | 17      | 0                      |

1. Casos denunciados al juez.

2. A otras fiscalías por tema de competencia.

3. Módulo Básico de Justicia.

4. Fiscalía Descentralizada.

### Propuestas

- Incluir en el protocolo de adolescente infractor del Ministerio Público, que es entregado en todas las dependencias policiales, la institución de la remisión y sus requisitos tales como la aceptación y el compromiso del adolescente, tratándose de propiciar el resarcimiento del daño a la víctima, así como el apoyo de los familiares en el proceso y su asistencia al servicio a cargo del adolescente, como forma de contribuir al desarrollo de su personalidad.
- Implementación del equipo multidisciplinario en las Fiscalías de Familia, que permita evaluar el entorno social y familiar del adolescente sometido a investigación.
- Coordinar con las autoridades municipales o con las organizaciones de base de la jurisdicción para que pueda aplicarse la remisión y, en forma similar a la legislación brasileña, aplicarse otras medidas que incluyan la responsabilidad de los padres, como las de orientación y tratamiento de alcohólicos o farmacodependientes, y el compromiso de asistencia escolar.
- Que el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), como autoridad central y de acuerdo al artículo 206 del Código de los Niños y los Adolescentes, autorice a las Defensorías Municipales la actuación de programas de orientación para aquellos adolescentes a quienes se les concede la remisión. ■

Si usted desea comentar sobre este artículo, escribanos a [justiciaparacrecer@jirperu.org](mailto:justiciaparacrecer@jirperu.org)

Referencia  
DWORKIN, Ronald: Los derechos en serio. Editorial Ariel 1995. España, pág. 305.

**UNIDAD II: EL USO DE HERRAMIENTAS RESTAURATIVAS EN SEDE  
FISCAL**

Atilio Álvarez “La Remisión, del Pacto de San José de Costa Rica  
a la Convención sobre los Derechos del Niño” en Justicia para  
Crecer, N° 2 p 6-10

# LA REMISIÓN

## Del Pacto de San José de Costa Rica a la Convención sobre los Der



Dr. Atilio Álvarez  
Defensor Público de Menores de la República Argentina

Partiendo de identificar las raíces de la remisión en la tradición jurídica latinoamericana, y luego de analizar el encuentro de esta tradición con el derecho internacional, el autor nos propone una visión renovada de la remisión a la luz del enfoque restaurativo.

Quando estudiamos el instituto jurídico de la remisión y su aplicación en los nuevos ordenamientos jurídicos latinoamericanos en materia de niñez y adolescencia, tendemos a considerarlo una figura novedosa, de reciente incorporación a nuestro derecho y, por lo tanto, de paulatina aplicación, a la espera de una aceptación jurisprudencial progresiva en el marco de un sistema legal que, básicamente, no estaría preparado para ello.

Pero a poco que profundicemos en la rica historia del derecho de menores del continente americano, advertimos que, en realidad, la posibilidad de tratar los casos de transgresiones adolescentes con respuestas distintas a las de la ley y el proceso penales, no sólo no es ajena a nuestras costumbres, sino que hemos sido pioneros en su formulación.

Muchos son los ejemplos de la época en tal sentido. Ya en diciembre de 1954, por ejemplo, en el mensaje de elevación de la que a fines de ese mes sería la Ley de Familia N° 14394, el presidente de la República Argentina sostenía, refiriéndose a la derogación de los artículos del Código Penal que se ocupaban de los menores (hasta ese año la incriminación penal, por el código de 1921, se admitía a partir de los 14 años): "Extraer a los menores de dieciséis años del Derecho Penal es un postulado fundamental de la doctrina nacional".<sup>1</sup>

Quizás la diferencia del criterio latinoamericano con el dominante criterio anglosajón, de crudo retribucionismo penal en materia de niñez, se expresó del modo más claro en las sutiles pero no menos evidentes diferencias de formulación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup>, forma operativa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, votado junto con su similar de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en diciembre de 1966, y su similar para la región, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica<sup>3</sup>, del 22 de noviembre de 1969.

Ambos instrumentos tienen interesantes consideraciones en materia de niñez, que emanan ya de la Declaración Universal de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, pero nos detendremos en comparar

minuciosamente los respectivos artículos que regulan la respuesta social ante los hechos calificados legalmente como delitos cometidos por personas menores de edad.

Se trata, fundamentalmente, de la lectura del artículo 10, inciso 2 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obviamente fue fuente del artículo 5, inciso 5 del Pacto de San José de Costa Rica. Si nuestros legisladores hemisféricos hubieran adolecido del acomplejado criterio de copiar servilmente la fuente internacional, la transcripción hubiera sido literal. Pero no fue así. Aquellos hombres, imbuidos del espíritu humanista de nuestra América, que alumbró la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>4</sup> antes que la Declaración Universal<sup>5</sup>, corrigieron aquellos conceptos que creían no del todo favorables a nuestros niños.

Veamos una puntual comparación:

| Art. 10, inc. 2 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | Art. 5, inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica |
|----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| Los menores procesados                                                     | Cuando los menores puedan ser procesados,          |
| estarán separados de los adultos                                           | deben ser separados de los adultos                 |
| y deberán ser llevados ante los <b>tribunales de justicia</b>              | y llevados ante <b>tribunales especializados</b> , |
| con la mayor celeridad posible                                             | con la mayor celeridad posible,                    |
| para su <b>enjuiciamiento</b> .                                            | para su <b>tratamiento</b> .                       |

Salta a la vista que tres han sido las "correcciones" que nuestra América hizo al texto universal, y las tres son de particular importancia en nuestro tema: 1) no todos los "menores" deben ser procesados; 2) no basta un tribunal de justicia, sino que es necesario un "tribunal especializado"; 3) la finalidad de la intervención estatal no es el enjuiciamiento, sino el tratamiento del joven.

De estas tres formidables diferenciaciones, cada una de las cuales merecería un detenido análisis, nace la doctrina común latinoamericana en la materia.

## echos del Niño

La Remisión

Sandra Muñoz

La remisión, o sea, la respuesta social ante la infracción cometida por el adolescente, distinta del proceso penal y la aplicación de pena, está por lo tanto avalada por las raíces mismas de esta doctrina constitucional del continente.

Si analizamos las legislaciones del siglo XX en la región, advertiremos que el espíritu de remisión, o sea la falta de confianza en el proceso penal para prevenir y tratar las transgresiones graves en la conducta adolescente, se presenta por tres vías:

- a) La renuncia a incriminar penalmente a los niños por debajo de determinadas edades, catorce o dieciséis años, en general.
- b) La renuncia a incriminar penalmente a los adolescentes, aun de edades superiores, por delitos de menor cuantía.<sup>6</sup>
- c) La posibilidad de remisión judicial, aun encontrando responsable al adolescente del hecho que se le imputa y así declarándolo en juicio oral.<sup>7</sup>

La falta de desarrollo, en aquellos tiempos, de la doctrina del llamado principio de oportunidad en materia de ejercicio de la acción pública por el fiscal, la casi unánime vigencia de sistemas inquisitivos y la fuerza del modelo tutelarista, felizmente superado, impidió que estas ideas de remisión pudieran ser ejercidas en el ámbito del Ministerio Público. Todo dependía de la ley para la generalidad de los casos, y del juez, para el caso concreto. Para poder concebir la remisión en sede fiscal fue necesario salir del modelo tutelar, que da absoluta primacía al juez, desdibuja al fiscal y anula la defensa, y avanzar en un sistema de naturaleza acusatoria, con mayor protagonismo del Ministerio Público.

Hacia los años ochenta, con el paulatino desarrollo de las doctrinas que propiciaban no tan solo la vigencia de todas las garantías procesales, sino la aplicación de un derecho penal mínimo,

el tema de los delitos cometidos por adolescentes fue campo propicio para las innovaciones en materia de remisión, suspensión del proceso a prueba, y otras alternativas que originariamente nacieron en el derecho de menores y luego pasaron al de adultos.<sup>8</sup>

Fue entonces cuando, en 1985, desde los centros más especializados de la Organización de las Naciones Unidas, se elaboraron las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como reglas de Beijing.<sup>9</sup> Ya se había presentado un año antes el texto en primera lectura de la Convención sobre los Derechos del Niño (el llamado proyecto polaco), encomendado por la Asamblea General en 1979, de modo tal que las reglas antedichas deben ser consideradas un verdadero comentario y método de aplicación de los principios de la Convención, pese a ser anteriores a aquellas. Las Reglas recogen el fructífero trabajo de los Congresos de la ONU para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente que, reunidos desde 1955 cada cinco años, constituyen un hito en la criminología universal.<sup>10</sup>

Las Reglas de Beijing, entonces, pueden con justicia ser consideradas el primer texto a escala universal que recoge las experiencias parciales de



Sandra Muñoz



todo el siglo XX en cuanto a tratar de atender los problemas de conflictos juveniles con la ley penal sin recurrir al proceso estricto. Como tal, su regla Undécima es la carta magna en el tema de la remisión, aun anterior a la Convención de 1989, pues ésta se basa en aquella. La existencia de comentarios a la regla XI, que tienen valor de texto auténtico según expresamente se señala, permite apreciar en toda su amplitud la importancia de este principio.

Bajo el título "Remisión de casos" establece la regla Undécima:

11.1.- Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.l. infra, para que los juzguen oficialmente.

11.2.- La policía, el ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

11.3.- Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor: sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4.- Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

Y agrega ampliamente el Comentario:

*La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos, la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya en forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.*

Como se prevé en la regla 11.2., la remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la policía<sup>17</sup>, el ministerio fiscal u otros órganos como los tribunales, juntas o consejos. La remisión pueden realizarla una, varias o todas las autoridades según las reglas y normas de los respectivos sistemas y en consonancia con las presentes Reglas. No debe limitarse necesariamente a los casos menores, de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante.

La regla 11.3. pone de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor delincuente (o de sus padres o tutores) con respecto a las medidas de remisión recomendadas (la remisión que consiste en la prestación de servicios a la comunidad sin dicho consentimiento, constituiría una infracción al convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso). No obstante, es necesario que la validez del consentimiento se pueda impugnar, ya que el menor algunas veces podría prestarlo por pura desesperación. La regla subraya que se deben tomar precauciones para disminuir al mínimo la posibilidad de coerción e intimidación en todos los niveles del proceso de remisión. Los menores no han de sentirse

presionados (por ejemplo, a fin de evitar la comparecencia ante el tribunal) ni deben ser presionados para lograr su consentimiento en los programas de remisión. Por ello, se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la conveniencia de que intervenga una "autoridad competente cuando así se solicite" en las actuaciones relativas a menores delincuentes. (La "autoridad competente" puede ser distinta de la que se menciona en la regla 14).

La regla 11.4. recomienda que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley, gracias a la supervisión y orientación temporales. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la remisión, aún cuando se hayan cometido delitos más graves (por ejemplo, el primer delito, el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor, etc.)

Como se ve, por su precisión y claridad, y por su importantísima autoridad doctrinaria, el impacto de esta norma técnica fue crucial. Si bien en algunos ámbitos ajenos o refractarios a la aplicación del principio de oportunidad se recibió con reparos la posibilidad de remisión fiscal,<sup>12</sup> y en otros se advirtió la dificultad práctica de aplicarla en la realidad concreta en caso de aceptar remisiones policiales, los códigos sancionados a partir de la vigencia de las Reglas de Beijing comenzaron a mencionar la remisión como una de las posibilidades de no apertura de proceso penal formal. Así lo hace la moderna legislación del Perú.

Tras las Reglas, poco tiempo faltó para que la Asamblea General de la ONU aprobara en noviembre de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 40 se refiere al instituto que nos interesa. Allí dice en el acápite tercero:

3.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;<sup>13</sup>
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Esta condición de apropiado y deseable se refiere al bien o interés del adolescente, no al deseo de la sociedad o del Estado.

Los motivos que hacen válida la remisión están ya expuestos en el comentario de la regla XI de Beijing, y tienden tanto al interés superior del niño, como al interés social en no estigmatizar y confirmar en el delito a un joven que recién está formando su carácter. La fuerza con que el ejercicio de la acción penal determina la conducta posterior de los transgresores primerizos, es un fenómeno muy evidente.

Pero también debe tenerse en cuenta, a tenor del mismo comentario, que toda forma de abordaje del conflicto juvenil con la ley penal debe estar rodeada de garantías y defensa. Sin ellas, cualquier sistema aplasta al joven y le impone, ya las penas, ya las medidas socioeducativas, ya las alternativas, como verdaderos actos arbitrarios contra un indefenso, que las acepta callado. Es esta indefensión del niño lo que motivó el rechazo del sistema tutelar, que en sí mismo era también una salida del derecho penal. No debe incurrirse en el error de repetir tal indefensión en el modelo restaurativo.

Agrega luego la Convención sobre los Derechos del Niño en el mismo artículo 40, numeral 4:

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

Como vemos, la Convención realiza aquí una enumeración no taxativa de las posibilidades de tratamiento de la infracción juvenil. Todos esos recursos sociales y pedagógicos existieron con anterioridad a la Convención misma, y aun con independencia de la remisión como figura jurídica y procesal.

Tanto las órdenes de supervisión, como el asesoramiento o la libertad vigilada o la libertad asistida, tema del XIV Congreso Panamericano del Niño, en agosto de 1973 en Santiago de Chile, existían en nuestra práctica cotidiana. También la colocación en hogares de guarda y los programas de enseñanza y formación profesional, tal como enumera la Convención.



Sando Muñoz

¿Cuál es la novedad entonces? ¿No estaremos predicando lo mismo de siempre bajo un distinto ropaje? ¿No será la remisión más de lo mismo, y una resurrección de los denostados criterios tutelaristas?

No lo creo. El hecho de que formas de actuación tengan antecedentes históricos, y que se desarrollen paso a paso en una constante mejora y confrontación de resultados, no las excluye de ser utilizadas en el marco de un sistema distinto. No todo lo usado en el pasado es desdeniable; salvo aquello que no ha sido bueno para los niños.

Y lo realmente malo para los niños fue siempre la incriminación precoz, la privación de libertad y la confusión de sus transgresiones, por graves que sean, con el delito adulto. Al punto de darles la misma respuesta social y estatal. Esto es lo que configura el retribucionismo penal, hoy camuflado en un neo-retribucionismo atenuado en casi todo nuestro continente. No por más leve la sanción deja de ser sanción, ni por garantizado el proceso penal deja de ser tal.

1 Primer párrafo del mensaje del Presidente de la Nación, Gral. Juan Domingo Perón, del 8 de diciembre de 1954, comentando el artículo 1° del proyecto de ley elevado al Congreso Nacional, y que había sido elaborado en el Ministerio de Justicia por un grupo de juristas que dirigía el Dr. Jorge Joaquín Llambías.

2 Resolución 2200 de la Asamblea General de la ONU, del 16 de diciembre de 1966. Su artículo 10 dice: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica."

3 Su artículo 5 dice: "Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."

4 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

5 Proclamada por resolución de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. Sobre la influencia de la Declaración Americana en la Universal cf. GLENDON, Mary Ann: El crisol olvidado: Influencia Latinoamericana en la Idea de los Derechos Humanos Universales, Boston, 2004; publicado, entre otros, en CRITERIO, mayo de 2004.

6 Así, en la citada ley argentina N° 14394, de diciembre de 1954, no eran punibles los actos de menores entre dieciséis y dieciocho años, cuando la pena prevista por el Código Penal fuera menor de un año, y en la actual legislación, de dos años.

El postulado ético sigue siendo, como proclamaba la primera cita de este artículo, alejar a los niños del derecho penal, que es una de las formas de alejarlos del delito.

La figura de la remisión, incorporada y fundida íntimamente en el nuevo modelo de justicia restaurativa, se aleja diametralmente del retribucionismo penal y por lo tanto es una herramienta importantísima de acción y también de reflexión y de formación de conciencia. Quien remite un caso, ya sea fiscal o juez, no cree en el proceso penal y en la sanción –mayor o menor, extensa o reducida– como una solución adecuada para el niño ni para la sociedad. Por lo tanto, y más allá de los esfuerzos y de los inconvenientes cotidianos, quien así obra se encuentra en buen camino: quiere instaurar en nuestras sociedades un espíritu acorde al interés superior de los niños. ●

Si usted desea comentar sobre este artículo, escribanos a [justiciapara crecer@jjrperu.org](mailto:justiciapara crecer@jjrperu.org)

7 Eso ocurre en los ordenamientos que contemplan la cesura, o distinción entre el juicio de responsabilidad y la aplicación de sanción, sometida a la respuesta del joven tras un año de tratamiento, al cabo del cual puede eximirse de pena, si la respuesta fue favorable.

8 La vigencia de instituciones que apartaban al niño del proceso penal, no puede confundirse con los criterios más o menos habituales de privación de libertad sin proceso, que fue uno de los elementos que puso en crisis el modelo tutelarista.

9 Resolución N° 49/33 de la Asamblea General de la ONU, aprobada el 29 de noviembre de 1985 sobre la base del documento elaborado en la reunión preparatoria de Beijing, China, en mayo de 1984, y aprobado en el Séptimo Congreso de la ONU para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, reunido en Milán, agosto-septiembre de 1985.

10 El Primer Congreso se realizó en 1955, en Ginebra; el Segundo en 1960, en Londres; el Tercero, en 1965 en Estocolmo; el Cuarto, en 1970 en Kioto; el Quinto, en 1975, en Ginebra. El Sexto Congreso, de 1980 en Caracas, encomendó la confección de las Reglas; el Séptimo, de 1985 en Milán, las aprobó; el Octavo, de 1990 en La Habana, aprobó las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); el Noveno, de 1995, en El Cairo, del cual el autor de este artículo fue elegido Relator General, profundizó los aspectos de prevención de la delincuencia urbana; el Décimo, de 2000, en Viena, y el Undécimo, de 2005 en Bangkok, trataron principalmente sobre delincuencia transnacional organizada.

11 En nuestra realidad latinoamericana, no hemos propiciado nunca la remisión en sede policial, porque puede dar sensación de impunidad e incluso de corrupción policial. Un largo camino de profesionalización y especialización en problemas de juventud aguarda a nuestras fuerzas de policía antes de que pueda extenderse a ellas la facultad de reprimir o no el delito según un principio de oportunidad, hoy en debate respecto de los fiscales.

12 Así, en la Reunión Anual de Vaquerías, Córdoba, de la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, de agosto de 1988, el comentario a cada una de las Reglas de Beijing incluyó una mención a la inaplicabilidad de la regla Décimo Primera en el sistema argentino, por el principio de legalidad que regula la actuación de los fiscales.

13 Esta norma de la Convención debe ser leída en consonancia con la regla Cuarta de Beijing, que rechaza el establecimiento de edades de responsabilidad muy tempranas.

**UNIDAD II: EL USO DE HERRAMIENTAS RESTAURATIVAS EN  
SEDE FISCAL**

*ZERMATTEN Jean*, ¿Qué es la Mediación? En Justicia para  
Creceer N° 3, Julio Setiembre del 2006, p 8-11



# QUÉ ES LA



**Jean Zermatten<sup>1</sup>**  
Miembro del Comité de Derechos del Niño  
de las Naciones Unidas

Entre los instrumentos alternativos desarrollados ante la crisis de la justicia retributiva tradicional, la mediación es uno de los que exhibe mayor interés por su enfoque reparador de la situación de conflicto entre infractor y víctima. El autor es uno de los 18 expertos integrantes del Comité de Derechos del Niño de la ONU, organismo encargado de monitorear el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en el mundo.

## 1. Intento de definición de la mediación

### a) Las formas de mediación

Según los principales autores (J.F. Six, J.P. Bonafé Schmitt) se acostumbra distinguir varios tipos de mediación:

1. la *mediación creadora* que tiene por objetivo producir entre las personas o grupos, lazos nuevos;
2. la *mediación renovadora*, que reactiva los lazos debilitados;
3. la *mediación preventiva* que busca evitar el estallido de conflictos;
4. la *mediación curativa* que ayuda a las partes en conflicto a encontrar una solución a su(s) controversia(s).

Para otros autores (Michele Guillaume-Hofnung)<sup>2</sup>, se dan dos tipos de mediación, la *mediación de las diferencias* y la *mediación de las controversias*.

<sup>1</sup> El autor es jurista y juez de menores, presidente y decano del Tribunal Juvenil del cantón de Valais (Suiza); fundador y director del Institut International des Droits de l'Enfant, con sede en Suiza (<http://www.childrights.org>); miembro del Comité de Derechos del Niño de la ONU para el periodo 2005-2009.

<sup>2</sup> Guillaume-Hofnung, M.: *La Mediación, Que Sais-je?*, N° 29-30, PUF 1995 (p. 72 y siguientes).

En la primera, la mediación sería el lubricante que sirve para engrasar los mecanismos de un sistema, sin que uno siquiera se dé cuenta (v.g., las hormonas en el cuerpo humano, el lenguaje en las relaciones humanas). Esta mediación no se define, se percibe, sobre todo cuando hace falta... (falta de hormonas, falta de diálogo). Es un tipo de mediación natural. Es, por ello, creadora de lazos o renovadora de lazos debilitados; correspondería entonces a las dos primeras formas de mediación.

La mediación de las controversias estaría entonces relacionada con la noción de conflicto y serviría, ya sea a la prevención de los conflictos (mediación preventiva), ya sea a resolver los conflictos (mediación curativa). Es preventiva, cuando se detecta a tiempo una situación generadora de problemas y el mediador puede encontrar a los actores de la situación para discutir con ellos y tomar las medidas que sirvan para evitar el estallido (la mediación diplomática, por ejemplo).

La más conocida es la mediación que interviene después del estallido del conflicto. Puede tratarse de diferentes tipos de conflicto: conflicto laboral, conflicto económico, conflicto político, conflicto familiar, conflicto psicológico, donde la intervención de un mediador puede preverse con probabilidades importantes de restaurar la situación. A veces dicha mediación es judicial, cuando los elementos del conflicto lo convierten en un "asunto" que es llevado ante los tribunales.

Se notan entonces, inmediatamente, los campos en los cuales la mediación va a poder intervenir de manera eficaz: el derecho laboral, el derecho de familia, el derecho de los contratos (pertenecientes al ámbito privado) y el derecho penal (ámbito público, donde no se respeta el contrato social: la infracción viola el contrato social).

### b) Definición

Según este enfoque de la mediación, se pueden deducir los siguientes principios:

- La mediación busca establecer o restablecer la comunicación.
- La mediación pretende evitar o resolver los conflictos; no incluye el conflicto, pero se define a partir del conflicto.
- La mediación es un triángulo, en el cual hay dos puntas que representan los elementos implicados en el conflicto y la tercera punta, el tercero (el mediador), que interviene para ayudar a restablecer la comunicación.

# mediación

## Por qué la Mediación y la Justicia para Menores se llevan bien

- Se distingue por ello de la negociación o de la conciliación, donde el tercero mediador no es indispensable.
- La mediación no puede ser directa, siempre debe funcionar según el modo ternario.
- No es la justicia (aunque se está también en un modo ternario), en el sentido de que la justicia apela a otra dimensión, la de la fuerza (o de la autoridad) del derecho (o de la cosa juzgada). La mediación escoge y elige su modo de trabajar. Hace surgir una solución amigable, aceptada por las partes; la justicia zanja, impone su solución.

La mediación puede entonces definirse de una manera general cómo: *Un modo de construcción y de gestión de la vida social ayudado por la intervención de un tercero, neutro, independiente, sin más poder que la autoridad que le reconocen las partes, que lo han escogido y reconocido libremente.*<sup>3</sup>

### c) Los elementos de la mediación

De esta definición, podemos deducir los elementos de la mediación:

- En primer lugar, un *conflicto* a evitar o resolver, que puede tomar múltiples formas y que puede concernir a dos o a múltiples actores opuestos con relación a un tema determinado (o a varios temas). La naturaleza del conflicto, su origen y la manera como se expresa son importantes para organizar la mediación, ya sea de modo preventivo, ya sea de modo curativo.
- La *intervención de un tercero mediador*, que interviene entre los actores del conflicto para evitar la confrontación estéril y para tratar de preparar un acuerdo aceptado por ellos, que sea suficiente para evitar el estallido o para solucionar el conflicto.
- La *independencia o neutralidad del mediador*, que no debe ser representante de ninguna de las partes sino adecuadamente admitido por ellas; y que tampoco debe ser el instrumento de la justicia. Este es un punto muy importante, principalmente cuando se está en una mediación de tipo judicial. Por consiguiente, dicho mediador no debe estar dotado de un poder institucional. Es, particularmente, la razón por la cual la mediación penal no puede ser realizada por magistrados; es también la razón por la cual la mediación debe ser un procedimiento elegido y no impuesto.

- Una *naturaleza en cierto modo contractual*, que caracteriza las relaciones entre el mediador y las partes, así como el marco mismo del procedimiento. Se puede decir que la mediación es una prestación y que dicha prestación tiene beneficiarios que deben adherir a ésta: existe una oferta y una demanda.
- Una *respuesta o solución*, admitida por las partes tras la elaboración en conjunto de un protocolo de acuerdo. Esta solución no es la del mediador, es aquella sobre la cual las dos partes han trabajado y han encontrado una adhesión.

## 2. Por qué la mediación y la justicia para menores se llevan bien

Para hacer la transición con el capítulo anterior, estamos completamente de acuerdo en que nos encontramos, en materia de justicia para menores, ante un tipo de mediación de las controversias y que no vamos a actuar de manera preventiva (prevención del estallido del conflicto), sino en la justicia curativa, después que un conflicto se ha declarado, en este caso un conflicto de un niño/adolescente con relación a la norma penal. Debemos, por consiguiente, juntar dos puntas del triángulo: el autor de la infracción y, por otro lado, la víctima privada (perjudicada por el acto) y la víctima pública, la sociedad, cuyas reglas han sido violadas; a veces, no hay víctima privada (infracciones de puesta en peligro).

En relación con su naturaleza, se trata de una mediación penal, es decir, bajo el control de la autoridad judicial encargada de las diligencias penales. No nos encontramos en el caso de una mediación dejada a la voluntad de dos personas que desearían una mediación de naturaleza privada.

¿Cuál es el interés de la justicia para menores en recurrir al procedimiento de la mediación?

Para comprenderlo bien, primero hay que ver los objetivos de la justicia para menores.

### a) Los objetivos de la justicia para menores

Para comprender el sitio que ocupa la mediación en la justicia para menores, es necesario comprender los objetivos particulares hacia los cuales apunta la justicia juvenil. Contrariamente a la justicia común, que busca proporcionar una retribución al perjuicio causado por la infracción del

<sup>3</sup> Guillaume-Hofnung, M., op. cit., p. 74.

adulto, un precio a pagar, una venganza de la sociedad hacia aquel que no ha respetado las reglas necesarias para la coexistencia pacífica, la justicia especializada en los menores apunta a otros objetivos que se alejan de la represión, para dirigirse hacia lo educativo y lo curativo.

Dichos objetivos son cinco, a saber:

|                        |                          |
|------------------------|--------------------------|
| Objetivos principales: | Objetivos accesorios:    |
| - educativo;           | - la integración social; |
| - curativo;            | - protector.             |
| - preventivo;          |                          |

El objetivo que nos interesa por el momento es el *objetivo educativo*. Aquello que busca el derecho penal específico para menores no es la educación en el sentido tradicional de la palabra, es decir la transmisión de un conjunto de valores basados en la tradición, el respeto del pasado, la instrucción, los conocimientos, etc., sino la búsqueda de un objetivo de *toma de conciencia*.

El acto cometido ha violado una norma legal, uno de los valores que la sociedad deseaba proteger. Por eso el derecho debe servir para la educación haciendo que el menor tome conciencia de aquel hecho y de la existencia de límites. Es de este modo que dicho objetivo se acerca a la noción tradicional de educación.

La toma de conciencia va a abarcar entonces tres elementos:

- El acto en sí.* Se trata en este caso de mostrar al menor, autor de un acto que cumple con las condiciones objetivas y subjetivas de una infracción, que ese acto viola la ley. El niño o adolescente no tiene conocimiento de la norma de derecho; tiene conocimiento de principios generales que se acercan o provienen de su educación religiosa o social: "Tú no robarás". Por consiguiente, hay que hacerle conocer la norma (la existencia de tal prescripción) y también el alcance de dicha regla y su razón de ser.
- Las consecuencias de este acto para la sociedad o terceros.* Es muy importante, en las infracciones donde hay víctimas, el hecho de mostrar el perjuicio causado por su acción, ya sea corporal, material o moral; esto es todavía más importante –y delicado– en los casos de infracciones sin víctimas, tales como crear un peligro (en la circulación viaria, por ejemplo) o las infracciones contra uno mismo (uso de estupefacientes). Hay que realizar, pues, un trabajo importante para volver clara una situación que muchas veces no lo es para el menor y muchas veces tampoco para su representante legal.
- Las consecuencias posibles del acto.* No se trata sólo de poner en evidencia las necesidades de la reparación y de la reposición, sino también de mostrar que tal acción representa tal respuesta social, con inconvenientes directos y cercanos de tipo rumor, chisme, mala reputación, con riesgos importantes, a mediano plazo, de exclusión o de marginalización y, a mayor plazo, problemas relacionados con los antecedentes judiciales, con los riesgos que significan la reincidencia, las dificultades en la búsqueda de un empleo, etc.

¿Cómo va a surtir efecto esta toma de conciencia? ¿Qué instrumentos se encuentran a disposición del juez de menores? Toda esta fase llamada objetivo educativo se basa en un solo instrumento, muy sencillo y no específico: *la palabra*. El magistrado se encuentra entonces en la situación de tener que explicar, hacer comprender, demostrar, como lo haría a su vez un padre o a su vez un maestro. Utilizará, pues, el ejemplo, la anécdota, el relato de la situación vivida, su fuerza de convencimiento... debe bajarse del estrado para ponerse al nivel de su interlocutor y transmitir el mensaje.

Para ello, debe necesariamente *entrar en contacto* directo y personal con el menor. Esto sólo puede hacerse al momento de las audiencias, sea en la oficina policial (al momento de la investigación), en su oficina (lo que la ley francesa de 1945 llama "audiencias de despacho"), en la sala del juzgado o también en las instituciones en las cuales el menor puede ser colocado.

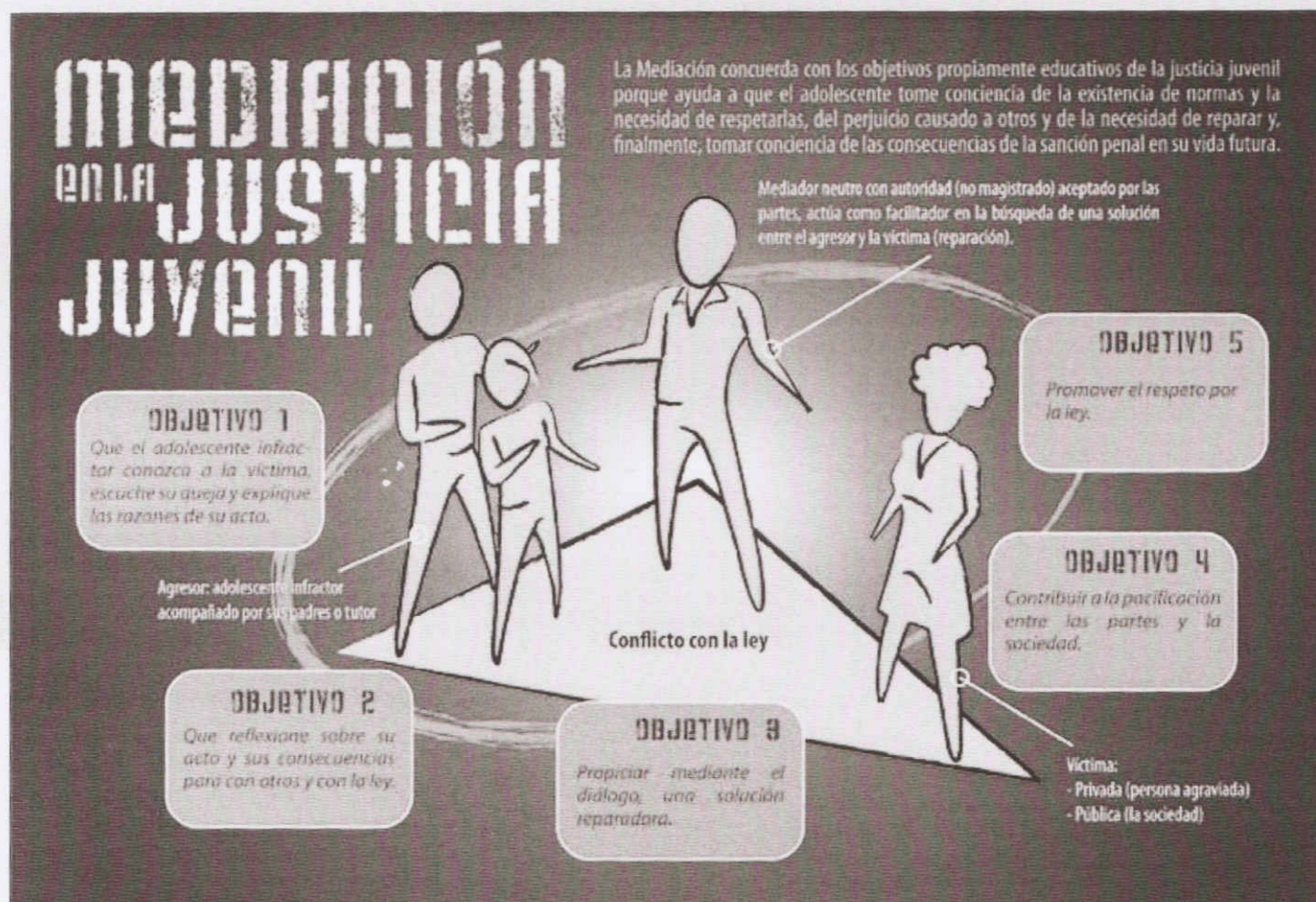
De este modo se entiende mejor, por una parte, *el rol primordial que desempeña la audiencia en todo el proceso de intervención judicial con relación al menor* y, por otra parte, el hecho que la mayoría de las leyes de procedimientos para con los menores (ya sean las leyes departamentales o las leyes extranjeras) excluyen la posibilidad del juicio en ausencia. ¿De qué modo se puede, en efecto, confrontar al niño con la ley, en su ausencia?

De este modo se comprende mejor cómo la mediación puede inscribirse válidamente en este proceso de toma de conciencia y de educación. Al asegurar la confrontación del menor con su víctima o con la realidad de un comportamiento erróneo, se le permite palpar la falta, se le permite también reparar (directamente) o redimirse (indirectamente).

## b) Las virtudes de la mediación

¿Qué logra la mediación en el campo de la justicia juvenil?

- Permite una confrontación entre el autor y la víctima, en presencia del tercero mediador. Este procedimiento es útil en el sentido de que el menor puede conocer físicamente a la víctima (muchas veces no la conoce: robos...), lo lleva a escuchar las quejas de la víctima (no únicamente el monto del daño, sino las secuelas psicológicas), le da la oportunidad de explicar las razones de su acto.
- Contribuye también a su reflexión, ya que el autor se ve obligado a hacerse preguntas sobre su comportamiento, sobre el sentido de sus actos y sobre las consecuencias potenciales de estos.
- Permite entonces que el menor elabore un trabajo interior (remordimientos, pesar...) sobre su actitud para con los demás y también para con la norma.
- Le obliga a instaurar un diálogo con otra persona y a construir una solución de negociación, para llevarlo progresivamente hacia una reparación total, parcial o simbólica (disculpas, pago de los daños o de una parte de estos, prestaciones voluntarias para la persona perjudicada o para la sociedad, etc.).
- Lleva a la pacificación entre personas en conflicto y de la sociedad en general.



- Es generadora de un mejor respeto de la ley, a partir de un reconocimiento de la norma y de una toma de conciencia de las consecuencias del no respeto.

¿Nos encontramos en una situación de educación? Se puede decir que sí, sin temor a equivocarnos, ya que el objetivo de este procedimiento consiste en obtener ya sea una solución a un conflicto entre un menor y su víctima, ya sea un mejor conocimiento de las normas y un mejor respeto de éstas. De este modo, todo el proceso es un proceso de comunicación de la norma social y de preparación para responsabilizar a los jóvenes que no son todavía ciudadanos completamente, pero que deberán asumir responsabilidades pronto; podemos decir, pues, que es un proceso globalmente educativo y que contribuye al proceso global de socialización de los jóvenes que violan la ley.

Siendo educativo, es seguro que este procedimiento es también preventivo, ya que debería, en el sentido de la prevención secundaria o terciaria, lograr que el menor no repita la ofensa o no recaiga en la delincuencia crónica.

También se puede hablar del *trabajo sobre las emociones* o de los aspectos psicológicos de dicho proceso: es, en efecto, difícil pensar que el niño/adolescente actúa siempre de un modo reflexivo o razonable, en particular es muy poco realista pensar que el autor de un acto comprende

siempre todas las implicaciones de aquel acto. Muchas veces actúa por impulso, por buscar experiencia, bajo la influencia de apuestas o por reacción. A mi parecer, la mediación, por la confrontación que implica, tiene un impacto psicológico importante sobre el autor de una infracción, impacto del cual se puede esperar, por las emociones transmitidas, efectos favorables sobre el reconocimiento del delito, sobre el reconocimiento de la víctima y sobre el reconocimiento de la ley. Este efecto permite entonces trabajar con el autor sobre aquello que hay que hacer para evitar tales situaciones, para elegir entre lo justo y lo erróneo y para tomar decisiones pensadas (aunque no sean siempre razonables...).

Los sentimientos que nacen de este procedimiento son a veces la vergüenza, la culpabilidad y el remordimiento<sup>4</sup>. Son importantes para una toma de conciencia; pero queda claro que son sentimientos fuertes y que hay que ser muy prudente para no exacerbar las emociones, principalmente con personas frágiles, para no tener entonces efectos contrarios o contraproducentes.

Como conclusión de este punto, la mediación es un instrumento que se inserta realmente bien dentro de la lógica de la justicia para menores y que se integra a los objetivos de esta justicia especializada. No debe, sin embargo, ser considerada como la panacea universal y puede ser, bajo ciertas circunstancias, poco indicada.

<sup>4</sup> Shame, Guilt and Antisocial Behaviour and Juvenile Justice, en Punishing Juvenile, Weijers I. y Duff A. (editores), Hart Publishing, Oxford, 2002.

**UNIDAD III: LA APLICACION JUDICIAL DE LA JUSTICIA  
RESTAURATIVA**

WINTER, Renate “Recuperar o Marcar” La Remisión,  
instrumento eficaz para los adolescentes en conflicto con la  
Ley, en Justicia Para Crecer N° 2, Abril – Junio 2006 p 13-15

# Recuperar o Marcar



Renate Winter  
Magistrada internacional

La remisión, instrumento eficaz para recuperar a los adolescentes en conflicto con la ley

**No matar gorriones con cañones: con esta frase la autora sintetiza las ventajas educativas, judiciales y hasta económicas de la remisión para enfrentar las infracciones cometidas por adolescentes y evitar empujarlos hacia la delincuencia.**

La última edición de nuestra revista se centró en uno de los más importantes logros en el área de la justicia juvenil: el modelo restaurativo para tratar con los adolescentes infractores, sus víctimas y la sociedad, todos los cuales conviven y tratan de hacer un esfuerzo para encontrar la mejor solución a una situación difícil para todas las partes involucradas.

Continuando con esta política; concretamente, para encontrar la mejor solución posible a una situación completamente desagradable, ¿no deberíamos ante todo concentrarnos en cómo evitar llegar a una situación semejante?

En la mayoría de países, y los países de Latinoamérica no son la excepción, los centros correccionales, cárceles de menores, instituciones cerradas, etc., están sobrepoblados. Los jóvenes que, en primer lugar, no deberían estar ahí porque no han cometido infracciones graves, pasan demasiado tiempo detenidos en dichos lugares (muchas veces con el pretexto de que no se cuenta con otras respuestas penales), y su gran número no permite proporcionar una ayuda eficiente y sensible para ellos en cuanto a programas educativos, atención de salud y capacitación vocacional, todo lo que en principio, y de acuerdo con los términos de la ley, constituye la razón por la que se envía a los niños a esos lugares. Por lo tanto, se tiene

que hacer algo para evitar la sobrepoblación y de este modo hacer posible el tratamiento y la reinserción.

Por otro lado, queda totalmente claro (cualquier pedagogo o padre bien informado se lo dirá) que se debe tomar una acción inmediata contra el comportamiento inadecuado, anormal y delictivo, si es posible justo desde el comienzo, para evitar que el adolescente infractor continúe en la dirección equivocada. Incluso un niño pequeño buscará su aprobación o desaprobación, y podría continuar actuando de la misma manera, ¡si usted no desaprueba lo que está haciendo!

Por lo tanto, se necesita una respuesta rápida incluso para infracciones menores y así evitar otras más graves. Pero, ¿debe ser esta respuesta una transferencia del joven al sistema de justicia formal? ¡No necesariamente! En cambio, podría ser mucho mejor alejar de la estigmatización al joven que entró en conflicto con la ley (pero incluso más importante, que entró en conflicto con otra persona) y hacer que comprenda el daño que provocó. Esto bien podría tener otras consecuencias: una reacción comprensible y por lo tanto aceptable para el joven, por un lado, y por otro, una herramienta flexible adaptada a las necesidades del joven en el sistema de justicia con costos mucho más bajos.



Sando Mober

Un grupo de jóvenes de 16 años estropeó los techos de una vivienda contigua cubiertos por planchas de calamina en su huida de la fuerza del orden, que los sorprendió en una fiesta bebiendo licor sin el conocimiento de sus padres. Si se les hace reparar el techo y colocar nuevamente las planchas de calamina, ¿no entenderían rápidamente el valor de ellas, la cantidad de trabajo necesario y el esfuerzo que demanda colocarlas? ¿No sería esto más efectivo que castigar, estigmatizar y etiquetar a un joven como un infractor bueno para nada? Sin mencionar la oportunidad del joven de aprender un oficio al hacer la reparación...

Si un chico de 17 años ha ocasionado una lesión, ¿realmente es siempre necesario que se lleve a cabo un juicio? ¿No sería posible, también, que este chico aprenda mejor las consecuencias de su accionar ayudando a pacientes que sufrieron la misma lesión o ayudando a enfermeras en los hospitales?

Un taxista se estaciona en una avenida para sacar duplicado de la llave de su vehículo; en ese momento un adolescente le rompe la luna y le sustrae la radio; ¿realmente es el juez quien debe decirle en un juicio a ese muchacho que el daño al vehículo y el robo no afectan tanto al dueño del "anónimo" taxi, sino al conductor que lo alquila, pues será él quien tendrá que pagar por el bien dañado y por el objeto robado, pues la responsabilidad se traslada a los conductores de los vehículos? ¿No sería mejor que el propio taxista le contara la historia?

Como la antigua tradición romana indicaba siglos atrás, *praetor non curat minima*: un juez no debería encargarse de minucias. Incluso va en interés de la justicia misma no matar gorriones con cañones; de este modo se ahorra tiempo y dinero.

Los mecanismos de remisión se han desarrollado e implementado del mismo modo en países con derecho civil como en aquellos del *common*

*law* (derecho consuetudinario), y fueron un éxito en todos los lugares en que se llevaron a la práctica.

La colaboración necesaria de asistentes sociales, psicólogos, mediadores, la administración pública, fiscales y jueces de menores especializados permite respuestas rápidas y flexibles para infracciones menores y medianas, ya que el tiempo y la flexibilidad son de suma importancia para el manejo de los jóvenes. Si después de haber cometido una infracción, un joven es arrestado, mantenido en custodia por algún tiempo, y si el juicio se lleva a cabo meses después de haberse cometido la infracción, el joven habrá cambiado en el interin para mejor o para peor, ya no recordará correctamente, no comprenderá por qué se le impuso el castigo tanto tiempo después. Si, en cambio, la respuesta se produce inmediata y proporcionalmente, el entendimiento y la aceptación evitarán la reincidencia.

Ningún joven es igual a otro; ninguno tiene los mismos problemas que otro. No todas las situaciones pueden regularse por la ley. Se debe tener a disposición una amplia variedad de respuestas para hacer frente a los diversos problemas de los adolescentes infractores, ya que los problemas son siempre la razón de la conducta delictiva.

Los sistemas de remisión optan por respuestas flexibles y rápidas de especialistas que colaboran tratando con jóvenes. Un caso comprobado por la policía puede ser transferido al fiscal de menores, al juez de menores o al juez investigador, dependiendo del sistema, y después de la verificación de las condiciones legales, ser retransferido a una institución social apropiada de asistencia al menor para proporcionar así una respuesta adecuada (mediación, trabajo comunitario, tratamiento, supervisión vocacional/educativa, etc.), así como también un plan de implementación individual para el menor elaborado con su aporte. ¿Cuáles son las condiciones legales para conceder la remisión en lugar de la continuación del proceso? La comisión de una infracción menor o de mediana gravedad

por parte de un joven penalmente responsable, que no constituya una amenaza para la sociedad (es decir un peligro real, no un fastidio), que no sea una reincidencia repetida (sólo si no incluye automáticamente una segunda infracción), que no haya causado daños graves.

El fiscal/juez a cargo establecerá el marco temporal para la implementación del plan si está de acuerdo con él, teniendo en cuenta las recomendaciones de los expertos o de los asistentes sociales





Si usted desea comentar sobre este artículo, escribanos a [justiciaparacreceer@jirperu.org](mailto:justiciaparacreceer@jirperu.org)

involucrados que además monitorearán los resultados. Por lo general, el asistente social que acompaña el caso preparará un informe y lo presentará a la respectiva autoridad judicial, que tendrá que aprobarlo. Cuando se dé la aprobación (la mayoría de veces se dará, ya que los asistentes sociales están muy involucrados y conocen bien su trabajo), el caso se cerrará y nunca llegará a juicio.

Si el plan no se cumple y el joven no tiene la culpa de esto (no hay tratamiento posible, la víctima no da su consentimiento para aceptar las disculpas y la reparación, el joven cayó enfermo durante el marco temporal acordado, etc.), se establecerá e implementará otro plan. Si, por otro lado, el joven incumple deliberadamente con el compromiso adquirido, el juicio se llevará a cabo y la justicia formal tendrá que hacerse cargo.

*Alexander, como muchos otros jóvenes, ha hurtado en forma repetida a los taxistas del sector de El Agustino. Después de una evaluación del caso por un asistente social (solicitada por el fiscal), Alexander se comprometió, primero, a asistir a una sesión conducida por un policía y un taxista que trabaja en el paradero, para discutir con un grupo de jóvenes las consecuencias del hurto; luego, prometió ayudar a limpiar los taxis del paradero de El Agustino durante cuatro fines de semana consecutivos. El administrador de la agencia de taxis estuvo de acuerdo y de igual modo el fiscal. Alexander cumplió su promesa. El asistente social, en contacto con el, con su familia y con el administrador de la agencia de taxis, envió al fiscal el informe firmado por Alexander, el administrador de los taxis y por él mismo. El fiscal le hizo una amonestación y se cerró el caso. Alexander aprendió la lección. No volvió a cometer una infracción.*

*Daniel acudió a la vivienda de otro adolescente para reclamarle por supuestas infidelidades con su enamorada, produciéndose un*

*altercado en el cual le golpeó en la nariz, lesionándolo. Reconoció su falta, Daniel aceptó brindar ayuda en los trabajos universitarios del agraviado, que no podía asistir a clases a consecuencia de la lesión; asimismo estuvo de acuerdo con visitar a pacientes del hospital víctimas de violencia y emplear su tiempo libre con ellos durante dos meses. Cumplido el período señalado, Daniel continuó sus visitas a los pacientes como voluntario.*

¿Habría aprendido mejor su lección en un tribunal o bajo arresto? ¿Hubiera sido más fácil que acepte y comprenda, y que no se vuelva reincidente después de la condena, si no hubiera podido acceder a la escuela o a un empleo debido a su estigma? ¿Sus compañeros de clase hubieran estado más felices si regresaba de un tribunal o de un penal, que de un hospital?

La remisión puede proporcionar ayuda pedagógica para los jóvenes que están en conflicto con la ley.

- Puede resolver conflictos subyacentes mejor que la justicia formal.
- Puede responder también a las necesidades de las víctimas.
- Puede reinsertar al joven a la sociedad sin ponerle un estigma.
- Puede disminuir la carga procesal de los jueces y fiscales.
- Puede prevenir el congestionamiento de las instituciones de encierro.
- Puede ahorrar tiempo y dinero.

Y ha demostrado ser útil en el desarrollo positivo de los jóvenes que están en los inicios de una carrera delictiva indeseada.

Entonces, ¿por qué no utilizar este método tan antiguo, y ahora tan nuevo, cuantas veces sea posible?

**UNIDAD III: LA APLICACION JUDICIAL DE LA JUSTICIA  
RESTAURATIVA**

FERNANDEZ IRAOLA, Jorge Ricardo, “La Remisión de  
adolescentes en conflicto con la Ley Penal” CEAPAZ, ,agosto  
2000

JORGE RICARDO FERNÁNDEZ IRAOLA<sup>1</sup>

ÁREA JURÍDICA

CENTRO DE ESTUDIOS Y ACCIÓN PARA LA PAZ - CEAPAZ

Actualmente se vienen desarrollando una serie de postulados tendientes a promover la *Desjudicialización del Sistema Penal para Adolescentes* como una respuesta concreta y acorde con los principios de la *Doctrina de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes*.

Esta última propone reconocer a los adolescentes<sup>2</sup> como sujetos de derechos, es decir reconocerlos como personas, considerarlos como actores en la sociedad, reconocerles los mismos derechos de persona adulta, es más promover una defensa por el respeto de sus derechos.

Esta doctrina deja de lado aquellas consideraciones de menores en situación irregular, de menores en alto riesgo o menores enfermos para referirse a los adolescentes en conflicto con las leyes penales<sup>3</sup>, más aún postula una intervención del Estado, a través de los operadores jurídicos, mínima debiendo más bien aplicar medidas tendientes a procurar la rehabilitación y reinserción de estos adolescentes en sus propias familias y en la sociedad sin la necesidad de aislarlos, empleando en forma desmedida el internamiento en centros para jóvenes.

Esta propuesta doctrinal busca evitar el ingreso en el ámbito penal de aquellos adolescentes en conflicto con la ley. Citando a Edson Seda, *«el nuevo paradigma de la protección integral persigue incluir a los niños en el mundo jurídico y social, y tenerlo como lo que son: seres humanos regulares, es decir personas»*<sup>4</sup>. Se considera hoy por hoy que estos adolescentes se encuentra en un estado de desarrollo evolutivo de la personalidad debiéndose procurar incluirlos en programas donde la interacción social motive su rehabilitación adecuada y eficaz reinserción.

Recogiendo lo antes mencionado, se desarrolla con fuerza promover procesos de *Desjudicialización de los Sistema Penales*, en particular la *Desjudicialización de los Sistemas Penales para Adolescentes*, intentando desarrollar alternativas de solución de los conflictos entre los adolescentes y la sociedad y el Estado a través del uso de medidas distintas a las usualmente

<sup>1</sup> Documento analizado y discutido por todos los miembros del Área Jurídica de Ceapaz: Oscar Vázquez Bermejo, Diego Chiara Bellido y Marco Zevallos.

<sup>2</sup> Por razones del presente artículo, sólo haremos mención a los adolescentes sin que ello implique que esta doctrina no tenga los mismo postulados para los niños y niñas.

<sup>3</sup> Usamos esta terminología para referirnos a aquellos adolescente que hubieran cometido alguna infracción al sistema penal, no empleamos directamente el término de adolescente infractor por considerarlo estigmatizador.

<sup>4</sup> TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. *La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica*. UNICEF - ILANUD. Edisa S.A. Primera Edición. 1995. p. 169.

aplicadas y basadas principalmente una intervención juridicopenal<sup>5</sup> incorporando normas legales tendientes a aumentar las penas, incluir nuevas figuras penales en el ordenamiento jurídico - por ejemplo, se creó la figura de Pandillaje Pernicioso o de Barras Bravas en la ley de Seguridad en Espectáculos Públicos - o recurrir al internamiento en de los Adolescentes en Centros Juveniles para «readaptarlos».

Estos procesos de formulación de alternativas novedosas para solucionar los conflictos entre los adolescentes, el Estado y la sociedad distintas a las tradicionales se enmarca dentro de los postulados de la *Doctrina de la Protección Integral* recogida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, esa Convención señala en el artículo 40.3.b: «los Estados Parte tomarán todas las medidas (...) siempre que sea apropiado y deseable, para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales»<sup>6</sup>.

Es importante, por ende, que la sociedad civil organizada y el Estado puedan desarrollar programas orientados a promover la rehabilitación y reinserción social de los adolescentes en conflicto con las leyes penales fuera de los procedimientos judiciales. Para desarrollar estos programas será relevante la participación de organizaciones no gubernamentales comprometidas con la promoción, respeto y defensa de los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, sin descuidar los derechos e intereses de aquellas personas convertidas en víctimas circunstanciales, ya sea en forma individual o en forma colectiva.

Si bien los postulados de la doctrina de la Protección Integral y los de la Desjudicialización del Sistema Penal de Adolescentes buscan evitar una sanción formal para éstos, no pretenden establecer una impunidad absoluta, más bien plantean la aplicación de una sanción, pero una sanción impuesta en libertad. Por ejemplo, que los adolescentes puedan insertarse en un programa de asistencia psicológica o en programas de servicio o apoyo a la comunidad dirigidos por Defensorías Municipales u Organizaciones Cíviles especializadas en atender a adolescentes.

Los fines propuestos por la doctrina de la Protección Integral y de la Desjudicialización del Sistema Penal de Adolescentes apuntan a reducir la afectación moral y psicológica producto de someter a un adolescente al proceso penal, que ya de por sí conlleva una carga negativa, ésta definitivamente afectará el desarrollo integral del adolescente antes de procurar recuperarlo. Un adolescente a quien se le sigue un proceso penal será estigmatizado por la propia sociedad y el Estado, quienes buscan reinsertarlo socialmente, se le etiqueta como delincuente, como violento, como infractor, actualmente, como pandillero. Este etiquetamiento origina una serie de

<sup>5</sup> TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. *Ibid.* p. 33.

<sup>6</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Perú.

dificultades, pues para lograr reinsertarse en la sociedad deberá de enfrentarse a una sociedad que le niega o cierra oportunidades para acceder al colegio, centros de capacitación técnica, al trabajo o a la familia; se desconfía de ellos, se piensa que en cualquier momento podrán cometer nuevamente los hechos por los cuales ingresan al sistema penal.

Esta perspectiva para resolver el problema de los adolescentes en conflicto con la ley es recogida por la comunidad internacional a través de una serie de instrumentos internacionales tendientes a promover el uso de medidas no privativas de libertad. Entre estos instrumentos destaca la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores - las Reglas de Beijing -<sup>7</sup>, la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad - las Reglas de Tokio -<sup>8</sup>, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>9</sup> y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil - las Directrices de Riadh<sup>10</sup>.

Se ha hecho mención anteriormente al artículo 40.3.b de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño la cual propone el uso de medidas alternativas a la intervención punitiva del Estado y del sistema penal procurando que los adolescentes no se vean incorporados en los procesos penales y por ende afectados por los aspectos negativos ya indicados, como el etiquetamiento, la estigmatización y la consiguiente sanción privada de libertad<sup>11</sup>. La Convención exige más bien a los Estados Parte aplicar medidas alternativas que aseguren efectivamente la ansiada rehabilitación y reinserción social de los adolescentes en conflicto con las leyes penales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías procesales de estos.

Fuera de los fundamentos antes mencionados por la doctrina de la Protección Integral y los postulados más significativos de la Desjudicialización del Sistema Penal de Adolescentes, debemos mencionar otros dos principios que se adscriben dentro del proceso de Desjudicialización, principios fundamentados dentro del Sistema Penal para adultos. Estos son el de la *Intervención Mínima del Estado* y el *Criterio de Oportunidad*, éste último relacionado con el *Principio de Proporcionalidad*.

El *Principio de Intervención Mínima del Estado* propone un «control formal penal ... únicamente para los casos y las conductas graves que así lo ameriten,

<sup>7</sup> Aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, 96ª Sesión Plenaria.

<sup>8</sup> Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

<sup>9</sup> Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, 88ª Sesión Plenaria.

<sup>10</sup> Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990, 88ª Sesión Plenaria.

<sup>11</sup> TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. Desjudicialización y Alternativas a la Sanción Privativa de Libertad. Op. Cit. pag. 172.

a fin de mantener el equilibrio social que procura el sistema de justicia penal»<sup>12</sup>. Este principio plantea un Estado encargado de perseguir y sancionar aquellos hechos, cometidos por adolescentes, reñidos con las leyes penales y que pongan en riesgo, en forma grave, la Paz Social. Se ajusta al fundamento antes esbozado donde se busca evitar que el Estado intervenga ante cualquier hecho infractor, en la medida que tales hechos no representen un peligro social.

Se sostiene que la intervención estatal origina una afectación irreparable al adolescente ya que, por las características de éstos, la aquella condiciona el desarrollo psicológico y social en forma negativa, al ser los adolescentes más vulnerables a las influencias negativas, debido a la etapa de desarrollo en que estos se encuentran. Por lo tanto, el Estado debe abstenerse de actuar frente aquellos hechos infractores que no representen mayor relevancia. Javier Urra nos señala: «pretende evitar los efectos estigmatizadores que agreden la personalidad del menor que ha incurrido en una infracción ocasional y que no se encuentra psicológicamente ni socialmente en procesos delictivos»<sup>13</sup>.

El Criterio de Oportunidad sostiene más bien apartar al adolescente del proceso penal ya iniciado y derivarlo a programas de rehabilitación distintos a los formales. Plantea facultar al Fiscal Especializado, en principio, evaluar la conveniencia de la acusación penal y «preguntarse si la paz social, perturbada por el delito, se restablece con la acusación penal del joven»<sup>14</sup> o si tal puede ser recompuesta promoviendo la rehabilitación del adolescente en programas especializados aplicados por la sociedad civil organizada (ONGs, Municipios, Parroquias) que tiendan a reinsertarlo socialmente.

Este criterio no sólo plantea un análisis de la gravedad del hecho, sino además deberá analizarse las características psicosociales de la conducta del adolescente, donde si el análisis no pronostica la recuperación del adolescente, no convendría separarlo del proceso penal; acto contrario, si de las evaluaciones psicológicas y sociales del adolescente se puede concluir o pronosticar una rehabilitación y reinserción exitosa, debería de promoverse la separación del adolescente del proceso penal iniciado e incorporarlo a programas atentos a conseguir este fin rehabilitador, programas alejados de las entidades jurisdiccionales, anclados principalmente en la sociedad civil.

Este criterio se aplica al no perseguir penalmente los delitos denominados de insignificancia o de bagatela, desarrollado en el sistema penal de adultos aplicado en el sistema penal juvenil, apostando por «no someter al adolescente al proceso cuando la escasa relevancia social del hecho haga innecesaria o perjudicial la respuesta penal»<sup>15</sup>. José Hidalgo nos dirá: «los criterios de

<sup>12</sup> TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. Op Cit. pag. 181.

<sup>13</sup> URRÁ PORTILLO, Javier. Menores: La Transformación de la Realidad. Siglo Veintiuno de España Editores S.A. San José de Costa Rica. Primera Edición. 1999. Pag. 17.

<sup>14</sup> TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. Op Cit. pag. 181.

<sup>15</sup> TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. Op. Cit. pag. 182.

*oportunidad tiene como objetivo procesal: que se prescinda totalmente de la persecución»<sup>16</sup>.*

El Criterio de Oportunidad es complementado por el Principio de Proporcionalidad, éste indica que la sanción debe de estar de acorde con el hecho delictivo, es decir, ante hechos delictivos graves la sanción debe tender a ser alta, por el contrario, ante hechos delictivos irrelevantes, la sanción debe ser también irrelevante. Concluimos pues, que este principio promueve una intervención estatal distinta ante hechos irrelevantes socialmente, un Estado aprovechando mejor sus recursos evitando perseguir a todos los adolescentes en conflicto con las leyes penales pues mayores serán los costos de mantener al adolescente dentro del proceso penal que los beneficios obtenidos al final del mismo.

A esta altura del discurso, debemos indicar que nuestro sistema judicial contempla la posibilidad de aplicar la *Remisión*<sup>17</sup> a un adolescente actor de un hecho conflictivo con la ley penal. Esta institución es definida como «la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objetivo de eliminar los efectos negativos de dicho proceso». El legislador del Código de los Niños y Adolescentes se ha basado en lo propuesto por las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocida como Reglas de Beijing<sup>18</sup>, al recoger la figura de la remisión planteada en este Instrumento internacional. La Remisión es una de las varias alternativas tendientes a propiciar la Desjudicialización del Sistema Penal de Adolescentes, en otras legislaciones latinoamericanas, como la costarricense, la paraguaya o uruguaya, por mencionar sólo algunas, se contemplan figuras como la *Suspensión del Proceso a Prueba*, la *Mediación* o la *conciliación entre víctima y adolescente*, figuras que no son materia de este artículo, pero sin embargo buscan promover la mayor cantidad de alternativas frente a la reacción punitiva estatal sin que ello implique impunidad para el adolescentes en conflicto con la ley penal.

En principio, la remisión propone alejar o separar al adolescente del proceso judicial, con el fin de evitar afectar al adolescente con las condiciones nocivas de la intervención del sistema judicial penal. La remisión, es pues, la aplicación de los postulados de la Desjudicialización del Sistema Penal de Adolescentes en salvaguarda de su Desarrollo Integral, del Interés Superior.

De acuerdo a lo dicho párrafos arriba, el proceso judicial abierto al adolescente, por haber cometido una infracción, termina, concluye. Se reconoce que el adolescente ha entrado en una situación conflictiva con el sistema penal por haber cometido una infracción, se debería iniciar el respectivo proceso judicial, sin embargo se reconoce también que una intervención estatal a través de los

<sup>16</sup> HIDALGO MURILLO, José Daniel. La Aplicación de la Ley de Justicia Penal. Primera Edición. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 1966. P. 70.

<sup>17</sup> Artículo 223º del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 7 de Agosto del 2000.

<sup>18</sup> Artículo 11.1 de las Reglas de Beijing.

operadores jurídicos ocasionaría una serie de efectos negativos sobre el adolescente impidiendo su adecuada rehabilitación y reinserción social, por ello se le separa del proceso judicial iniciado.

La aplicación de esta figura exige un análisis del hecho cometido por el adolescente y de la conducta de éste para poder determinar si la remisión logrará promover un cambio significativo y adecuado del adolescente en pos de alejarlo de delincuencia. En el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, artículo 225°, se establecen los requisitos para aplicar la remisión a un adolescente, entre ellos está el análisis de la gravedad de la infracción cometida. En la medida que el bien jurídico tutelado no sea gravemente afectado por la conducta del adolescente, éste podrá ser beneficiado con la aplicación de la remisión. Requisito que nos parece totalmente coherente con los principios antes expuestos.

Por otro lado, además del requisito de gravedad del hecho, el legislador ha incluido el requisito de los antecedentes del adolescente. Sobre el particular sostenemos que el análisis de los antecedentes debe estar referido a la evaluación especializada de las conductas del adolescente al momento de cometer el hecho infractor y el grado de perversión al momento de cometer este hecho punible. Si esta no es la lectura propuestas creemos que se rompería la coherencia del sistema garantista y protector recogido en este cuerpo legal por las razones que a continuación expondremos.

Primero, la evaluación de los antecedentes a la que hacemos referencia no puede ser aplicada solo por el operador jurídico - entiéndase fiscal o juez -, sino debe ser aplicada por el equipo multidisciplinario encargado de coadyuvar a aquellos para lograr establecer las condiciones psicológicas y sociales del adolescente. Si se determina una conducta incidental u ocasional sin rasgos de perversidad en el adolescente, debiéramos de aplicar la remisión toda vez que el pronóstico de rehabilitación de adolescente será favorable.

Segundo, sostenemos que el requisito de los antecedentes no se refiere únicamente a los posibles antecedentes judiciales o policiales del adolescente por que es el mismo Código, en el artículo 224°, quien establece si a un adolescente se le aplica la remisión y éste lo acepta, la aceptación no implica la aceptación de la responsabilidad por los hechos infractores, más aún, no genera antecedentes. Por lo tanto el requisito de los antecedentes va más allá del análisis de las infracciones cometidas por el adolescente anteriormente, en principio éstas no debieran de existir.

El artículo 225° establece un tercer requisito para la aplicación de la remisión establecida por el Código de los Niños y adolescentes, este está referido al medio familiar generando una posición crítica de nuestra parte, pues consideramos que se contravienen los principios contemplados en este mismo cuerpo legal. Sostenemos lo inapropiado de condicionar la aplicación de la remisión al medio familiar del adolescente, fundamentamos esta posición basados en las actuales corrientes psicológicas quienes reconocen el carácter condicionante del medio familiar sin embargo indican que no es determinante

pues las condiciones sociales pueden ser modificadas y mejoradas. Los psicólogos y especialistas en la materia «otorgan mayor importancia al grado de deterioro en la evolución de la personalidad que a la historia personal y a las causas que condicionan la antisocialidad de los adolescentes»<sup>19</sup>. La mayoría de programas destinados a lograr una adecuada rehabilitación y reinserción social de los adolescentes en conflicto con la ley penal buscan intervenir tanto con el adolescente como con su familia, con su medio familiar, intentando así recomponer no sólo los patrones de comportamiento del adolescente sino además recomponer los patrones de interacción entre el adolescente y su familia, entre el adolescente y la sociedad, donde la interacción del individuo con su medio favorezca el desarrollo psíquico, lo que hoy se comienza a plantear como intervención en Salud Mental<sup>20</sup>.

La Desjudicialización no pretende lograr la impunidad frente a un adolescente actor de un hecho ilícito si no más bien pretende una sanción distinta del internamiento, por ello la remisión, adscrita dentro de esta corriente, no busca solamente separar al adolescente del proceso judicial sino pretende incorporarlo en programas alternativos aplicados en libertad, tendientes a promover su rehabilitación y reinserción en la sociedad, por ello junto con la remisión se dicta una medida socioeducativa<sup>21</sup> distinta al internamiento. Esta medida socioeducativa estará acorde con el hecho cometido y tiene por fin incorporar adecuadamente al adolescente en la sociedad.

Es en este tema donde la sociedad civil organizada debe asumir un rol preponderante mediante el desarrollo de programas alternativos tendientes a rehabilitar y reinserir a los adolescente, actualmente instituciones especializadas vienen desarrollando propuesta tendientes a responder a estos fines y exigencias. Por un lado, desde el Estado se vienen aplicando programas denominados de «libertad asistida» ejecutados por el Servicio de Orientación al Adolescente - SOA -; y por otro lado, desde las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes - DEMUNAS - que en su afán de coadyuvar al desarrollo integral de los adolescentes remitidos desde el sistema judicial a sus dependencia, están tratando de brindar una adecuada atención. Las DEMUNAS<sup>22</sup> vienen organizándose para elaborar programas concretos y adecuados que respondan a las exigencias y expectativas tanto de los adolescentes como de la sociedad y el Estado.

<sup>19</sup> MIRANDA PRIETO, Cecilia. Proyecto de Atención a Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Ceapaz. Julio del 2000.

<sup>20</sup> MIRANDA PRIETO, Cecilia. Op. Cit.

<sup>21</sup> Artículo 226<sup>a</sup> del Código de los Niños y Adolescentes.

<sup>22</sup> Debemos señalar, como una de las conclusiones de estas reuniones de trabajo, que los responsables de las DEMUNAS están exigiendo mayor información de los adolescentes en los oficios de remisión para poder conocer la infracción cometida por ejemplo. En algunos casos se ha dado que las Fiscalías de Familia remiten a los adolescentes, pero el oficio llega sin la dirección de aquel, haciendo imposible su ubicación para incorporarlo en sus programas. Reunión de Trabajo con CODEMUNA Zona Centro del 05 de Setiembre del 2000 convocada por Ceapaz.

Sin embargo los esfuerzos hasta la fecha son insuficientes y se requiere una mayor participación de otras instituciones sociales en la tarea de promover la rehabilitación de los adolescentes y crear espacios donde éstos puedan reinserirse. Es importante la participación de instituciones como la escuela, parroquias, organizaciones no gubernamentales y organizaciones de base (club de madres, comités del vaso de leche, comedores populares, entre otros). A unos les corresponderá capacitar a sus profesionales para que puedan ejecutar programas de rehabilitación y a otros aportar su experiencia en las áreas de desarrollo laboral o trabajo con la comunidad por ejemplo, alternativas viables donde los adolescentes puedan efectivamente lograr desarrollarse y a la vez sentirse acogidos y no apartados de la sociedad a la que también pertenecen, lo que posibilitará de sobre manera la transformación efectiva de aquellas conductas denominadas antisociales. El artículo 206° del Código de los Niños y Adolescentes establece que los adolescentes remitidos pueden ser incorporados en programas supervisados por el Promudeh o programas ejecutados por instituciones autorizadas por este, tanto las DEMUNAS como ONGs u otras instituciones pueden ser autorizadas por el Promudeh para ejecutar programas de rehabilitación y reinserción social para adolescentes en conflicto con la ley.

Como propuesta alternativa para evitar el ingreso de los adolescentes en conflicto con la ley penal a procesos judiciales, la remisión cumple sus fines, sin embargo tenemos que ser conscientes de la necesidad de desarrollar nuevos programas y potenciar los ya existentes. Por demás está mencionar que debemos dejar atrás aquellas miradas estigmatizadoras de los adolescentes, reconociéndolos por el contrario como parte integrante y activa en la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

TIFFER, Carlos y LLOBET, Javier. La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica. UNICEF - ILANUD. Edisa S.A. San José, Costa Rica. Primera Edición. 1999. Pags. 350.

URRA PORTILLO, Javier. Menores, La Transformación de la Realidad. Siglo Veintiuno de España Editores S.A. Madrid, España. Primera Edición. 1995. Pags. 312.

CUBAS VILLANUEVA, Victor. El Proceso Penal. Teoría y Práctica. Palestina Editores SRLtda. Lima, Perú. Primera Edición, Abril de 1997. Primera Reimpresión, Junio de 1997. Pags. 383.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. La Aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. Primera Edición. 1996.

ARMIJO, Gilbert. Enfoque Procesal de la Ley Penal Juvenil. Lotigrafía e Imprenta LIL S.A. San José, Costa Rica. Primera Edición. 1997. Pags. 260.

**UNIDAD III: LA APLICACION JUDICIAL DE LA JUSTICIA  
RESTAURATIVA**

KADIO, Belleza “La Experiencia del Servicio Comunitario” en  
Justicia para Crecer N° 5 Enero-Marzo 2007, p 25-31

Después de la guerra de los años 90 en Kosovo, territorio antes integrante de la desaparecida Yugoslavia, actualmente bajo la administración provisional de las Naciones Unidas, vino la reconstrucción de la infraestructura y la vida social. La justicia juvenil también fue parte de este cambio, gracias a la colaboración entre los jueces y funcionarios kosovares y la cooperación internacional. En este artículo, dos juezas juveniles kosovares, protagonistas de ese cambio, nos relatan su experiencia con la medida alternativa de Servicio Comunitario.

## La Experiencia del



Emine Kaçiku, Jueza de la Corte Distrital de Mitrovica (Kosovo)

**E**n la primavera del año 2000 Kosovo se encontraba en una situación de postguerra; era una época difícil, casi tanto como la guerra misma, y con una gran necesidad de reconstrucción. La población de Kosovo es muy joven. Muchas familias emigraron del campo a las ciudades. Especialmente en esa época, pero también ahora, hay un alto porcentaje de desempleo y problemas sociales. Los niños en conflicto con la ley necesitaban atención, buenas leyes y medidas que fueran aplicables a la realidad.

De acuerdo con la Regulación 1999/24 de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK, según sus siglas en inglés), las leyes aplicables en Kosovo eran los reglamentos promulgados por el Representante Especial del Secretario General de la ONU, y las leyes que se encontraban en vigor el 22 de marzo de 1989. Todas las personas que asumen funciones públicas o tienen un cargo público en Kosovo están obligadas a observar los estándares de derechos humanos reconocidos internacionalmente, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Los jueces kosovares junto a los jueces internacionales trataron de incluir algunas novedades en el sistema de justicia juvenil con el objetivo de ayudar a tratar a esta sensible población de una manera más humana.

Los jueces kosovares nunca olvidarán la gran ayuda prestada por la magistrada austriaca Renate Winter y la fundación suiza Tierra de hombres (TdH). La magistrada Renate Winter era, en ese momento, jueza internacional en la Corte Distrital de Mitrovica, y la Misión de TdH en Kosovo tenía su sede en esa ciudad. El trabajo se inició en Mitrovica, la ciudad de Kosovo más afligida en relación con la guerra y la situación de postguerra.

La ley vigente en Kosovo preveía un gran número de sanciones penales a los infractores juveniles, pero la mayoría de sanciones no eran aplicables debido a

# OSOVO

## Servicio Comunitario

Fellëza Kadiu, Jueza de la Corte  
Distrital de Pristina (Kosovo)



la inexistencia de instituciones o instalaciones para su ejecución. En ese momento, la ley aplicable en Kosovo no contemplaba alternativas como la Orden de Servicio Comunitario (OSC), la Mediación o las Medidas de Sustitución Procesal (aunque existían alternativas al encarcelamiento y ésta nunca fue la única sanción a ser impuesta a un infractor juvenil).

Entre otras medidas educativas, la Ley Penal de Kosovo (CLK) estipulaba la aplicación de medidas de observación intensiva (del menor), a cumplirse por parte de los padres o tutores, o por parte de otra familia, o por el órgano de tutelaje. De acuerdo al artículo 17 de la CLK, la Corte podía definir obligaciones específicas, conjuntamente con las medidas de observación intensiva arriba mencionadas: disculparse personalmente con la parte agraviada; reparar el daño causado por la infracción dentro de sus posibilidades; continuar apropiadamente con la escuela; aceptar un empleo; cesar el consumo de alcohol y drogas, u otras obligaciones. También se establecía que se podía obligar al infractor juvenil a cumplir con otras obligaciones asignadas por la Corte. Esta fue la oportunidad para declarar la Orden de Servicio Comunitario (OSC) como una obligación especial.

¿Por qué la Orden de Servicio Comunitario? Porque para su implementación sólo se necesita una estructura muy simple e involucra costos financieros modestos. No se necesitan instituciones especiales. Esta figura es bien aceptada por los jóvenes y sus padres, así como por la comunidad. Finalmente, está de acuerdo con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño porque es una alternativa al encarcelamiento.

Como esto era algo nuevo para nosotros, hubo mucho por hacer.

Primero que nada se formó un grupo de trabajo compuesto por los jueces juveniles locales de la región de Mitrovica, la magistrada Renate Winter y el jefe de la Misión de Tdh en Kosovo para encontrar soluciones y responder a las preguntas sobre las condiciones legales para declarar las OSC, la duración de la medida, quién debía encargarse de implementarlas, etc.

Aquí presentamos algunos resultados de este trabajo.

### Condiciones legales de una OSC

Las condiciones legales para declarar una OSC son:

- El infractor debe ser un menor de edad.
- Tiene que declararse una de las medidas educativas de observación intensiva (artículos 14, 15 y 16 de la CLK).

- Deben declararse las obligaciones conjuntas junto con la observación intensiva.
- La OSC debe considerarse como una obligación conjunta. Por ende, no debe ser declarada por separado, sino en conjunto con las medidas educativas de observación intensiva.

### ¿Para qué actos delictivos?

De acuerdo al artículo 75/3 del SFRY CC (Código Penal), las medidas de observación intensiva deben imponerse al infractor juvenil si se considera necesario aplicarle medidas extendidas de educación, rehabilitación o tratamiento con una supervisión adecuada, pero no es necesario aislarlo completamente de su entorno. El peso de la infracción penal en sí misma no tiene un papel preponderante; la decisión de la Corte es influenciada más que nada por la personalidad del menor, su estado de desarrollo emocional, las circunstancias y condiciones bajo las que vive, etc. En la práctica, es poco común imponer este tipo de medida educativa en casos de delitos penales severos, con graves consecuencias y un alto grado de responsabilidad penal. La mayor parte del tiempo se imponen medidas de supervisión intensiva a los infractores juveniles que no han cometido varios delitos criminales y que pueden permanecer con sus familias.

La OSC comparte el destino de la medida de observación intensiva con la cual se impone conjuntamente. Por ende, pensamos que la práctica judicial demostrará que ésta puede declararse para los delitos penales menos severos (contra la propiedad, la seguridad del tráfico, la paz y el orden público).

### Duración

Todas las medidas educativas de observación intensiva tienen una duración de uno a tres años. Respecto a las obligaciones particulares impuestas conjuntamente con las medidas educativas de observación intensiva, la ley no dice nada sobre su duración.

Según el Profesor Dr. Obrad Perić, "la ley no menciona la duración o cuándo se podría modificar o suprimir las obligaciones particulares. Considerando que todas las medidas de observación intensiva de acuerdo a la CCK podrían durar un mínimo de un año y un máximo de tres años, también se podría modificar o suprimir las obligaciones particulares conjuntas solamente durante este periodo." Por consiguiente, de acuerdo a este autor, la duración mínima de la obligación particular es de un año.

De acuerdo a un grupo de autores (Sržentić, Stajić, Kraus, Lazarević, Đorđević), la ley no establece con precisión la duración de las obligacio-

nes. Como éstas siempre son impuestas conjuntamente con la medida de observación intensiva, no podrían durar más que la medida impuesta. Pero la Corte podría suprimir la obligación incluso antes de la expiración del mínimo legal (un año), ya que la obligación particular conjunta no tiene necesariamente que acompañar a la medida educativa. La base para la suspensión de las obligaciones es el cese de la necesidad de educación para el menor. También podría suspenderse la obligación debido a la inhabilidad de ejecución, porque la Corte no evaluó apropiadamente el prospecto para su ejecución bajo circunstancias que surgieron posteriormente. De acuerdo a estos autores, la duración mínima de la obligación particular podría ser menor a un año.

Nuestra conclusión fue que la obligación particular podría durar menos de un año. Esto se desprende de la naturaleza de algunas de ellas. Por ejemplo, la obligación del menor de disculparse personalmente con la persona afectada representa una acción concreta y corta que usualmente requiere solamente unos minutos y no un año.

### ¿Quién debe implementar la medida?

El órgano de tutelaje del Centro de Trabajo Social se encarga directamente de aplicar la medida educativa de observación intensiva. De acuerdo con el artículo 283 de la Ley sobre Ejecución de Sanciones Penales, el órgano de tutelaje asigna a un funcionario oficial que ejecutará la medida educativa e informará de ello a la Corte. Entonces, dentro de esta disposición, podíamos hablar sobre la incorporación del aporte que queríamos de Tdh en relación con la labor clave de este funcionario o trabajador social.

Había dos posibles soluciones:

- Que el trabajador social fuera parte del Centro de Trabajo Social. Tdh se haría cargo de su salario bajo un acuerdo contractual.

- Que el trabajador social quedara bajo la supervisión de Tdh y formara parte de su equipo, manteniéndose en contacto con el equipo de la Autoridad de Tutela Legal del Centro de Trabajo Social.

Se eligió la segunda solución.

Culminados los preparativos, se elaboró un borrador de memorándum de entendimiento que se entregó al Departamento de Justicia de la UNMIK. Los presidentes de las Cortes de todo nivel en Kosovo, así como el Fiscal General y el Ministro de Trabajo y Bienestar Social, lo suscribieron. El memorando establece que se puede imponer una OSC como una obligación particular conjunta con la medida educativa de observación intensiva, y que ésta puede ser ejecutada por el trabajador social bajo la supervisión de Tdh.

La conclusión fue:

Una OSC consiste en un trabajo no remunerado de naturaleza educativa, cuyo propósito es contribuir a reintegrar al menor en la sociedad. La Corte podría, previo consentimiento del menor y de sus padres o tutores, y según la evaluación del funcionario de servicio social del Centro de Trabajo Social, decidir declarar la medida de acuerdo al artículo 17 de la Ley Penal de Kosovo, junto con la obligación de que el menor realice un trabajo no remunerado en servicio de la comunidad o de la organización específica designada por la Corte, bajo la supervisión del funcionario de servicio social del Centro de Trabajo Social en coordinación con la persona designada como trabajador social



bajo la supervisión de Tierra de hombres. El trabajo que se impondrá consistirá en 40 a 120 horas de trabajo, dentro de un periodo de un año. La Corte deberá decidir sobre la cantidad de horas de trabajo, mientras que el funcionario de servicio social del Centro de Trabajo Social recomienda los días de la semana y el periodo adecuado del año en que el trabajo debe realizarse. Cuando el trabajo de servicio comunitario no se realiza completamente sin una razón justificable, la Corte decide si se va a sustituir la OSC por otra medida educativa a ser ejecutada proporcionalmente al trabajo de servicio comunitario restante no realizado.

El siguiente paso fue proporcionar a la Corte una lista de organizaciones en las que se implementaría la medida. Tdh ayudó mucho y muy pronto, sólo en la región de Mitrovica, se censó 31 organizaciones listas para aceptar a los menores que cumplirían las OSC. Todas eran organizaciones públicas, como la biblioteca de la ciudad, la brigada de bomberos, el kindergarten, la empresa de agua, etc.

Tdh, UNICEF y OSCE organizaron cursos de capacitación para los jueces y fiscales de Kosovo con el fin de informarlos e incentivarlos a optar por las OSC en los casos de infracciones cometidas por menores de edad.

Desde el 20 de abril del 2006, Kosovo tiene un nuevo Código de Justicia Juvenil, en el cual las OSC se incluyen como una sanción que puede imponerse a los jóvenes que al momento de cometer el acto delictivo tengan una edad de 16 a 18 años. Actualmente contamos con el Servicio de Libertad Vigilada, establecido por el Departamento de Justicia, que es responsable de la ejecución de la medida. El Servicio de Libertad Vigilada está utilizando las buenas prácticas difundidas por Tdh. ❀

Kosovo está situado en la península de los Balcanes, al sureste de Europa. Es un país pequeño, de apenas 10 mil km<sup>2</sup>. Su población (2 millones de habitantes) es étnicamente albanesa (90%) y serbia (10%), adhiriendo los primeros mayoritariamente a la religión musulmana y los segundos al cristianismo ortodoxo griego. La capital es Pristina.

Kosovo es actualmente un territorio bajo la administración de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo estatus definitivo está aún por definirse. Hasta el año 1999 era una provincia formalmente autónoma dentro de la República Serbia, en la extinguida Yugoslavia. El estatus transitorio del Kosovo actual resulta del conflicto armado que asoló el territorio a fines de los años 90 entre el gobierno yugoslavo y los rebeldes autonomistas de la provincia, que culminó con la intervención de la OTAN y el establecimiento de la autoridad provisoria de la ONU.

# jos, tan cerca



## "En el 2002, por primera vez dicté una OSC"

La señora Emine Kaçiku, jueza juvenil en la Corte municipal de Mitrovica, integró el grupo de trabajo inicial y fue la primera juez que implementó las OSC en Kosovo. Ella declara: "Al principio, dudé y pensé que el proyecto piloto de Tierra de hombres (Tdh) no tendría éxito en el Kosovo de post-guerra, pero muy pronto me vi sorprendida por el trabajo intensivo de Tdh. Ellos me trajeron una lista de 30 organizaciones de la región de Mitrovica que estaban dispuestas a aceptar a infractores juveniles, que realizarían trabajo no remunerado para la comunidad. La juez Renate Winter me dio muchos ánimos y comencé a investigar los casos en los que se podría aplicar una OSC. Ella me aconsejó comenzar con casos menos severos, en los cuales la posible sanción para el delito fuera de hasta tres años de encarcelamiento. En abril del 2002, por primera vez, dicté la medida educativa de observación intensiva con una OSC como obligación conjunta. Era un caso juvenil de Skenderaj por el acto delictivo de tomar parte en una pelea. El panel juvenil decidió ordenar 100 horas de trabajo, dos horas por día, en la Organización Regional de Suministro de Agua de Mitrovica. Tdh supervisó la aplicación de la medida, que fue muy exitosa. Esto me incentivó a continuar."

La señora Felleza Kadiu, jueza juvenil de la Corte distrital de Pristina, dice: "Honestamente, al principio me mostraba escéptica, tenía dudas con relación al éxito de la medida debido a la situación general difícil en Kosovo después de la guerra. Con la ayuda de Tdh, el panel juvenil de mi corte dictó la OSC varias veces. La región de Pristina es la región más grande de Kosovo, y yo siempre tenía un gran número de casos por juzgar. Tdh me dio una lista de organizaciones en Pristina, Ferizaj y otros lugares donde podrían recibir a jóvenes que deben cumplir una OSC. Los infractores juveniles se tomaron estas obligaciones muy en serio y, bajo la supervisión de los trabajadores sociales y Tdh, las respetaron."

Estas dos juezes juveniles, pioneras en dictar las OSC en Kosovo, consideran que el proyecto piloto de Tdh fue muy exitoso debido a que los infractores juveniles y sus padres las han aceptado muy bien, y a que los infractores juveniles cumplieron con sus obligaciones bajo las OSC, respetaron el tiempo establecido y no repitieron su conducta delictiva. La reincidencia en estos casos aparece en muy pequeño porcentaje, lo que lleva a la conclusión de que se logra la reeducación y la resocialización de estos jóvenes. Ellas continuamente incentivan a sus colegas de otras partes de Kosovo que trabajan con infractores juveniles a hacer uso de la OSC, explicándoles sus propias experiencias.

# ¿Cómo se implementa la Orden de Servicio Comunitario?

**E**l modelo de acción desarrollado en Kosovo por la misión de Tierra de hombres (Tdh) para la implementación de la medida socioeducativa denominada Orden de Servicio Comunitario (OSC), comprende las siguientes etapas: 1) La decisión del Tribunal; 2) La primera visita a la familia; 3) La aplicación de la OSC; 4) El final de la OSC; 5) Las actividades posteriores a la OSC.

## Primer paso: La decisión del Tribunal

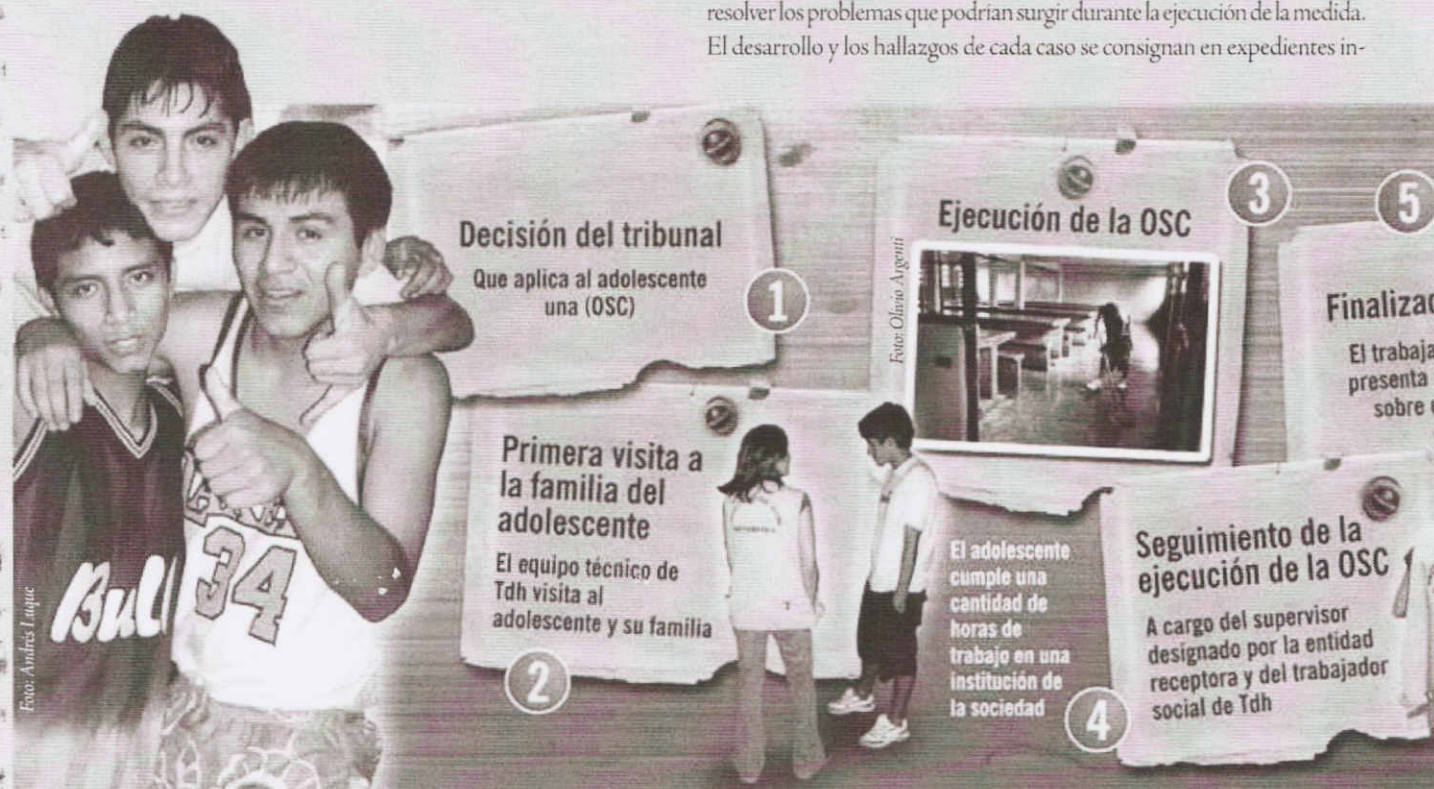
El procedimiento se inicia con la solicitud que hace el Tribunal al Centro de Trabajo Social (CTS) para la aplicación de una OSC a un menor de edad. A continuación, Tdh se involucra en el caso una vez que el Tribunal o el CTS le informan sobre la aplicación de la OSC al menor. En algunos casos, el juez solicita a Tdh que realice una visita a la familia del adolescente antes de proceder a ejecutar la OSC.

En la mayoría de casos se invita a Tdh a asistir a las sesiones del Tribunal, y se sugiere a los trabajadores sociales de Tdh que expliquen al adolescente en qué consiste la medida socioeducativa de OSC y cuáles son sus ventajas.

Algunas veces, el juez solicita también a Tdh que recomiende la institución donde el adolescente podría cumplir su orden de servicio comunitario. Debe tratarse de una institución con la cual ya exista un acuerdo previo de cooperación. El juez determina la cantidad de horas de trabajo que el adolescente deberá realizar en cumplimiento de la OSC, la cual puede variar entre 30 y 120 horas, según la naturaleza de la infracción cometida y la personalidad del menor. Tdh y el Centro de Trabajo Social monitorean de manera conjunta la aplicación de la OSC.

## Segundo paso: La primera visita a la familia

La visita a la familia del adolescente se realiza con el objetivo de estudiar y llegar a conocer mejor el caso. Esta visita permite tener un contacto directo con el menor, ayuda a conocer más acerca de su personalidad, su perfil psicofísico y las condiciones socioeconómicas en que vive. Todo ello permite crear una conexión con el adolescente y una relación de confianza con él y su familia. La información recopilada permite dar un tratamiento concreto y personalizado al adolescente. El conocimiento de las condiciones y circunstancias en que vive el adolescente permite al equipo de Tdh prevenir y resolver los problemas que podrían surgir durante la ejecución de la medida. El desarrollo y los hallazgos de cada caso se consignan en expedientes in-



El modelo de acción de Tierra de hombres para la implementación de las Órdenes de Servicio Comunitario para infractores juveniles, en el marco del proyecto piloto desarrollado por la fundación para el desarrollo de la justicia juvenil en Kosovo.

# nunitario en Kosovo?

dividuales, los cuales, además, contienen información socioeconómica del adolescente, así como datos sobre su desarrollo físico y psicológico.

## Tercer paso: La ejecución de la OSC

Una vez que el juez ha ordenado la OSC que debe cumplir el adolescente y ha identificado la institución en la cual se desarrollará, así como el número de horas que el adolescente deberá cumplir, los trabajadores sociales de Tdh toman contacto con dicha institución, con la cual, como dijimos, debe haberse suscrito un acuerdo para que los adolescentes cumplan en sus instalaciones la medida socioeducativa. El juez es debidamente informado si, por algún motivo, la institución no puede aceptar al adolescente. En ese caso, el juez usualmente designa otra institución.

El trabajador social de Tdh acompaña al adolescente hasta la institución, lo presenta ante el funcionario responsable y luego se firma un acuerdo entre el adolescente, el trabajador social de Tdh y el responsable de la institución. El acuerdo estipula las obligaciones de cada parte. También el adolescente y el responsable de la institución firman un documento de asistencia señalando las horas trabajadas. Ese documento, junto con el informe del trabajador social, se entregará posteriormente al juez como

testimonio del cumplimiento de la OSC. Durante la vigencia de la medida, los adolescentes tienen cobertura de seguro por accidentes. Los gastos de transporte hasta el lugar de trabajo también están cubiertos para quienes no pueden asumir tales costos.

## Cuarto paso: Seguimiento de la ejecución de la OSC

El seguimiento de los adolescentes que cumplen la OSC se realiza a través de visitas directas y regulares a cargo de trabajadores sociales de Tdh. Las visitas se realizan dependiendo del desarrollo de cada caso, pero el promedio es, en general, de dos veces por semana. El CTS recibe información regularmente de cada trabajador social, la cual se incluye en los reportes mensuales enviados a los jueces. La institución donde el adolescente está cumpliendo la OSC designa a una persona para encargarse de realizar el seguimiento del caso. Esta persona mantiene un contacto estrecho con los trabajadores sociales de Tdh. En caso que el adolescente no pueda adaptarse a la institución, se envía un informe social al juez, quien puede designar a otra institución, teniendo en cuenta las posibilidades existentes y los deseos del menor.

## Quinto Paso: Finalización de la OSC

Al cumplir el adolescente las horas de trabajo que se le impuso, Tdh presenta al Juez el formulario de asistencia firmado por el menor y el responsable de la institución donde se cumplió la medida. Tdh también entrega al Juez y al CTS un reporte social con la información referente a las condiciones del adolescente, así como sobre la forma en que se ejecutó la OSC y las recomendaciones pertinentes para el tratamiento del adolescente con posterioridad a la medida tales como, por ejemplo, la recomendación de que el adolescente asista a determinados cursos.

## Sexto Paso: Actividades posteriores a la OSC

Concluida satisfactoriamente la OSC, Tdh ofrece al adolescente actividades de capacitación vocacional (carpintería, mecánica, etc.) y cursos de computación o de idiomas extranjeros, los cuales han demostrado contribuir positivamente en la reinserción social del adolescente. Los cursos duran de tres a cuatro meses. A los padres se les informa sobre los cursos y ellos, a su vez, deben dar el consentimiento correspondiente. Los trabajadores sociales de Tdh hacen el seguimiento del adolescente una o dos veces al mes. Si el menor no asiste de manera regular al curso, éste se suspende. ❀



**UNIDAD III: LA APLICACION JUDICIAL DE LA JUSTICIA  
RESTAURATIVA**

SILVA BALERIO, Diego “El Adolescente, la responsabilidad y el trabajo del educador” en Justicia para crecer N° 4 Octubre-Diciembre 2006.

# El adolescente el trabajo d



Diego Silva Balerio\*

Las teorías y las normas se validan o descalifican en el plano de su aplicación individual; por tanto, abordar adecuadamente la dimensión personal es la clave de la recuperación de un adolescente en conflicto con la ley. El reto que esto supone para el educador y su hondo significado social, es el tema de este artículo.

**L**a mediación en el área de la justicia juvenil, para atender situaciones de conflicto nacidas de una infracción a la ley penal por parte de un adolescente, es una rareza en América Latina. Una pregunta pertinente sería: ¿por qué responder al delito con la mediación? Pero un refinamiento mayor en la interrogante diría: ¿por qué no utilizamos más a menudo este grupo de técnicas y ese marco conceptual que tiende a la restauración del conflicto?

¿Por qué se resiste la aplicación de estas respuestas que apuntan a la autocomposición? ¿Se las visualiza como excesivamente "blandas" para responder al delito? ¿Acaso afectan intereses corporativos del sistema de justicia penal? ¿O de grupos profesionales? Estas interrogantes quedan abiertas y anteceden la presentación de algunas experiencias de mediación en el ámbito penal.

La situación que da lugar a un procedimiento de mediación es el conflicto emergente de una infracción a la ley, el cual tiene elementos positivos y negativos y una energía que se puede y debe aprovechar para promover acciones que tiendan a la resolución del problema, intentando desarrollar estrategias que, parafraseando a Neuman, superen la inercia del mero castigo.

La mediación es una manera de negociación en que las partes enfrentadas disponen de una tercera persona neutral –el mediador– que les facilita la búsqueda de una solución para el conflicto que mantienen. Tiende a la reconciliación y la reparación de los daños, siguiendo la tendencia, generalizada en el ámbito internacional (América del Norte, Europa, Australia) de reforzar los elementos restitutivos en un Derecho Penal generalmente centrado en el castigo del culpable pero que ignora a la víctima de la infracción. La idea de la reparación ha recibido fuertes impulsos en procura de un mejor auxilio a las víctimas. El surgimiento de la victimología, alrededor de 1940, de la mano de Benjamin Mendelsohn, coloca a la víctima en un nuevo lugar, sacándola del ostracismo a que había sido condenada por el sistema punitivo que pretende protegerla sólo con el castigo del delincuente.

Es habitual que enfrentarnos al delito –aunque no sea más que a través de los medios de prensa– nos genere sentimientos de rabia, impotencia o miedo. Esas son sensaciones que inciden en las "soluciones" que pretendemos dar a estas situaciones de conflicto social. En la definición política de qué conductas se sancionan y cuáles no, va a pesar la cultura de la época, cultura entendida en sentido amplio, que implica tanto las mentalidades como las sensibilidades que predominan en el momento histórico. Dichas mentalidades o formas de pensar tienen que ver con aspectos cognitivos de la cultura, conceptos, valores, categorías, distinciones, ideas, sistemas de creencias, tradiciones, etc.; y están profundamente ligadas a sentimientos y sensibilidades (David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna*, p. 229-230).

Esta dimensión afectiva, inseparable de la cognitiva, incide en las formas en que se estructuran y construyen las sanciones penales, las características de las instituciones ejecutoras, el tipo de acción que realizan, así como el modelo de respuestas-propuestas que aplican. Por tanto, la idea del delincuente que nos construimos está influida por múltiples factores: lo que nos contaron, lo que vimos –en la calle, el cine o la televisión–, lo que imaginamos, nuestras vivencias personales. En el mismo sentido, para el infractor en general, la víctima no es una persona, sino un objeto, un deseo, un bulto, algo que quiero ya...

En este punto, "ofensor" y "víctima" están al mismo nivel, ninguno conoce a personas reales. Ambos se manejan con desconocimiento, bronca o

# e. la responsabilidad y el educador

\* Diego Silva Balerio, uruguayo. Educador Social. Investigador del área de justicia penal juvenil de Defensa de los Niños Internacional, filial de Uruguay. Directivo de la Asociación de Educadores Sociales del Uruguay.

**"...el delito es siempre un conflicto social y que, por tanto, debe atender los problemas e intereses de la víctima y del Estado, superando la rutina del mero castigo".**  
Elías Neuman, Mediación y Conciliación Penal.

indiferencia más allá de ese instante en que le arrancó la cartera, o esos dos minutos en que le apuntó con un arma para robarle la billetera. Lo que posibilita la mediación es un encuentro "cara a cara" entre ambos sujetos, buscando el reconocimiento de personas reales, con sentimientos, necesidades, deseos, ideas, preconceptos...; se busca la reducción de la distancia, el conocimiento de ambas partes, escuchar la explicación de razones o formas de entendimiento que permitan ubicar vías de resolución y composición del conflicto emergente de la transgresión a la ley penal.

## Las infracciones de los adolescentes

La intención de este artículo es proponer una reflexión acerca de la responsabilización de los adolescentes respecto de sus conductas tipificadas como delito en el marco de las sociedades latinoamericanas. Planteado el problema con este nivel de generalidad, lo primero que debemos hacer para lograr cohesión en el análisis es identificar algunas señas comunes de los sistemas penales juveniles en Latinoamérica. Es en este mismo sentido que hemos elegido las siguientes marcas para su caracterización:

- Se trata de sistemas que en su enorme mayoría, criminalizan a adolescentes pobres y excluidos
- La mayoría de los delitos son contra la propiedad o la propiedad es el bien jurídico mayormente afectado por las infracciones
- Se sanciona fundamentalmente con penas privativas de libertad.
- En general, las condiciones de reclusión atentan contra la dignidad humana, inhabilitando procesos de responsabilización por sus actos y colocando a los adolescentes en posición de "víctimas" del sistema penal.
- Desde el sistema político se recurre con frecuencia a proyectos de rebaja de la edad de imputabilidad para los adolescentes como forma de combatir la violencia social.
- Existen muy pocas experiencias que aborden al delito como un fenómeno emergente de conflictos sociales complejos, y que por ende busquen soluciones integrando a todas las partes involucradas.

Esta esquemática caracterización refleja de alguna forma la situación que, aunque con distintos énfasis, podemos encontrar en todos los países latinoamericanos. De esta forma, se observa la configuración de sistemas penales selectivos, que construyen el conflicto social desde lo punitivo y que imposibilitan, la mayor parte de las veces, los procesos de responsabilización.

Atribuir una infracción de la ley penal a un adolescente mediante la realización de un juicio especial, es decir, poner énfasis en la dimensión jurídica del fenómeno, es uno de los posibles abordajes a la temática, aunque no el único. Los criterios previos que sustentan la decisión de las autoridades judiciales y el proceso posterior de asunción (o no) de responsabilidad por la infracción, ocupan otros terrenos del debate teórico e ideológico del problema.

## Un punto clave de la acción educativa: Promover la responsabilidad por la infracción reconocida

Se trata de analizar el acto que da origen a la intervención educativa; no estamos planteando aquí una suerte de expiación del mal, ni la culpabilización de un joven en dificultades. Nos referimos a entender como responsable a un sujeto de derecho que lesionó derechos de otra persona, para luego encarar actividades educativas de reflexión y discusión acerca de ese acto, lo cual no implica tratar al joven de "rapiñero", "homicida", "ladrón" o "violador", sino como un sujeto que cometió un acto que es tipificado por las leyes penales como infracción.

Una de las ventajas comparativas más importantes de la mediación frente a las medidas de privación de libertad, es la potencialidad del hecho educativo tendiente a la responsabilidad de los adolescentes por sus actos, ya que la libertad permite problematizar la vida cotidiana y sus conflictos, así como abordar el acto por el cual se infringió la ley con un sujeto que no es victimizado por la violencia de la privación de libertad. La privación de libertad genera una "ficción", provocando la indignación del sujeto "responsable", producto de la humanidad negada por la cárcel, que transforma al agresor en agredido.

Desde luego que la mediación no es la panacea; desconocemos si los adolescentes que pasan por esta medida reinciden más o menos que los que son privados de libertad. Lo que sí sabemos, es que esta sanción asegura mejores condiciones para la responsabilización, ya que nos encontramos frente a un sujeto viviendo en su contexto, lo cual nos permite trabajar centrados en la responsabilidad por sus actos. Estos argumentos son trasladables al problema de promover la inserción social, en la medida que la constante interacción con su entorno social habilita a tomar los

conflictos de la cotidianeidad y problematizarlos educativamente, a fin de sedimentar experiencias que los resignifiquen.

En términos concretos, son tres las variables que debemos tomar en cuenta para valorar y evaluar los procesos de responsabilización de los adolescentes por su infracción:

#### a) El reconocimiento y ejercicio de sus derechos.

Entendemos que es imposible que un sujeto pueda comprender que lesionó derechos de otras personas si no tiene conciencia de que es un sujeto portador de derechos, y que ello es una condición inalienable de todos los seres humanos. Este concepto es fundamental, ya que su desconocimiento implica un impedimento insalvable para abordar adecuadamente la responsabilidad por la infracción reconocida.

El reconocimiento no puede darse solamente en términos discursivos o retóricos, sino que debe incluir un accionar que refleje su autorreconocimiento como sujeto de derechos. Esto se encuentra íntimamente ligado con el ejercicio de derechos ausentes hasta el momento, como pueden ser el derecho a la educación, al acceso a seguridad social, a tener una identidad o a gozar de una buena salud. Las mejoras en el cuidado personal o la asunción de actitudes positivas hacia la concreción de iniciativas personales, son indicadores de que se transita por un buen camino. A lo largo del trabajo se ha expresado que la selectividad del sistema punitivo se orienta casi exclusivamente hacia los adolescentes excluidos del acceso a la ciudadanía, por lo que es fundamental que la propuesta educativa involucre ámbitos de concreción y garantía de derechos.

Ahora bien, no solo los adolescentes excluidos son captados por el sistema de justicia juvenil; aunque son pocas las excepciones, también podemos encontrar adolescentes provenientes de la clase media, o incluso de clase alta, que son responsables de infracciones penales. En estos casos, las propuestas de inclusión social no son necesarias, ya que su familia y las redes sociales que integran les permiten un determinado acceso a la cultura, lo que facilita su circulación social. De manera que la acción educativo-social debe centrarse casi exclusivamente en fortalecer los procesos de reflexión y análisis que implican la necesaria responsabilización por la infracción cometida.

#### b) Capacidad de reflexión y análisis del joven respecto a la víctima y a la infracción reconocida.

Que el joven se reconozca a sí mismo como un sujeto con derechos es el prerequisite para iniciar el análisis acerca de la infracción reconocida y que pueda reconocerse como responsable de lesionar derechos de otro sujeto.

Algunos indicadores de esta capacidad de análisis pueden ser, por ejemplo: el reconocimiento de la víctima como una persona con derechos equivalentes a los suyos; la percepción del otro como persona, dejando

de lado la imagen anónima; que pueda explicarse las razones o causas de sus actos, reconociendo que las cosas no pasan "porque sí"; reflexionar acerca de las causas que lo llevaron a la infracción.

Aquí el concepto de alteridad, la condición de ser otro, de reflejarnos en los demás seres humanos, de palpar la interdependencia de unos con otros, se torna fundamental para entender la responsabilidad de los adolescentes, ya que implica su reconocimiento como seres sociales, distinguiendo y entendiendo al *alter* con derechos idénticos a los suyos.

#### c) Percepción de los efectos negativos de su acción en relación con su persona, su núcleo de convivencia y su barrio.

Esta es una dimensión muy relevante, ya que implica analizar las consecuencias de actos que no solamente inciden en la esfera individual, sino que impactan en la familia y en la comunidad. Ello tiene que ver con los efectos negativos por haber transitado por el sistema penal en sus distintas instancias policial y judicial; así como por el posible deterioro en la confianza de la familia y la comunidad. El hecho de haber "perdido la confianza" es altamente significativo para los adolescentes y puede transformarse en un recurso para que emerjan efectos negativos de sus acciones debido a que éstas impactaron en las relaciones con las demás personas, incluso con familiares con los cuales les une una relación afectiva muy profunda.

Estos son algunos elementos ilustrativos respecto a las posibilidades concretas de intervenciones educativas que tomen como eje la infracción del adolescente. Esto implica que se profundice en el desarrollo de propuestas tendientes a la adquisición de aprendizajes que estimulen la promoción cultural de los sujetos y así disminuir las posibilidades de que el sujeto sea nuevamente criminalizado.

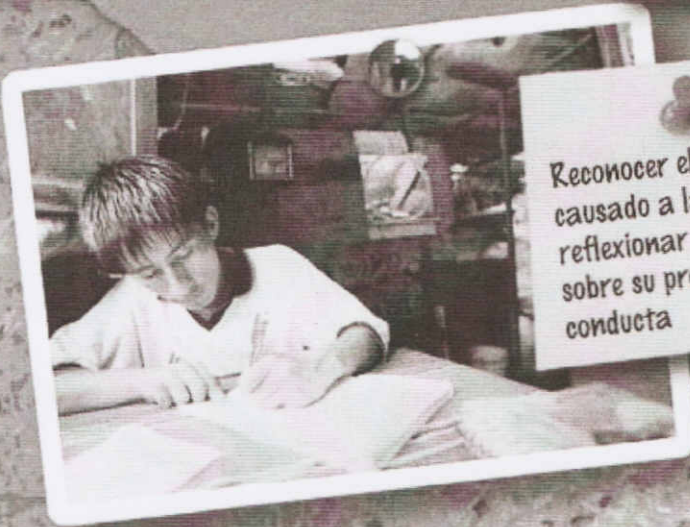
La infracción y sus consecuencias, por lo general, representan una vivencia removedora en la vida del adolescente y su familia. La detención policial, la espera en la celda, los traslados hacia la comisaría o al juzgado, los interrogatorios, las declaraciones, los careos, la identificación, la incertidumbre, la posibilidad de encierro... Luego de esa vivencia se ubica la posibilidad de pensar con tranquilidad; sólo después de que desaparece la incertidumbre, se abre la posibilidad de reflexión crítica.

La acción educativo-social desplegada para propiciar la responsabilización del adolescente por la infracción cometida intentará:

- Reconstruir su historia personal a través de la palabra, verbalizándola, y ordenando las vivencias;
- Construir un relato de los hechos que lo llevaron a su situación actual;
- Abordar las motivaciones, elementos como la selección de la "víctima", las formas de accionar, los objetivos que se proponía;
- Analizar las consecuencias de la acción, tanto para él como para el resto de las personas, especialmente la víctima del delito;

# Educación y Libertad

Educar en libertad a los adolescentes en conflicto con la ley tiene mejores resultados porque aborda los hechos y situaciones potencialmente conflictivos de la vida del adolescente en su interacción cotidiana con la comunidad. El proceso educativo debe ayudar al adolescente a...



Reconocerse a sí mismo como persona, sujeto de derechos y deberes

Reconocer a la víctima como persona con derechos

Tomar conciencia de las consecuencias de sus propios actos para sí mismo y los demás

Reconocer el daño causado a la víctima y reflexionar a fondo sobre su propia conducta

Recuperar la confianza en sí mismo y reconocer las propias posibilidades para una vida útil en sociedad

- Intentar devolverle la confianza en sí mismo, en sus posibilidades, sustentadas en su poder de "hacer"; lograr que su recorrido se vuelva significativo, asumiendo la noción histórica de los aprendizajes como experiencia que aporta elementos para el futuro.

## Cierre provisional

El ejercicio de alteridad que nos propone Octavio Paz en un poema resulta impactante para pensar la responsabilidad de los adolescentes por sus infracciones, y armoniza con la idea o la lógica de la corresponsabilidad de garantizar los derechos humanos.

"Los actos míos / son más míos si son también de todos", nos refleja el espíritu social del fenómeno de la infracción juvenil, muchas veces demonizado

o desresponsabilizado desde el mundo adulto. ¿Cuánto de nuestros actos (adultos) tienen los actos de ellos (adolescentes)? ¿Qué responsabilidades nos competen a los adultos en relación a las transgresiones de los adolescentes?

"Para que pueda ser he de ser otro, / salir de mí, buscarme entre los otros, / los otros que no son si yo no existo, / los otros que me dan plena existencia, / no soy, no hay yo, siempre somos nosotros".

Si leemos esta parte del poema en clave de conflicto social, de pensar en la infracción como algo propio de un nosotros, podríamos articular soluciones en la misma clave integradora del otro, que es nosotros. ♣