

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

CONCEPTOS, DEBATES Y EXPERIENCIAS
EN JUSTICIA PENAL JUVENIL



MINISTERIO de
JUSTICIA y
DERECHOS HUMANOS
de la NACIÓN ARGENTINA



Secretaría Nacional
de Niñez, Adolescencia y Familia
MINISTERIO de DESARROLLO SOCIAL



**CONCEPTOS, DEBATES
Y EXPERIENCIAS EN JUSTICIA PENAL JUVENIL**

Esta publicación fue realizada por la Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina en Argentina.

Edición, diseño y diagramación: Área de Comunicación y Prensa de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Esta publicación está auspiciada por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

Las expresiones vertidas en esta publicación no representan necesariamente la opinión de la Secretaría de Derechos Humanos, de SENNAF ni de UNICEF.

Buenos Aires, junio de 2007

ÍNDICE

■	Prólogo , Gladys Acosta Vargas, Paola Vessvessian y Eduardo Luis Duhalde	5
■	Presentación , Victoria Martínez y Gabriel Lerner	7
■	Conceptos y Debates	11
	Palabras del Subsecretario de Política Criminal, Alejandro Slokar	13
	Situación de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Florentín Meléndez	15
	Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Juvenil, Ana María Figueroa	20
	¿Son posibles mejores prácticas en la justicia juvenil?, Mary Beloff	31
■	Experiencias en Justicia Penal Juvenil	41
■	I. Experiencias Internacionales	43
	La Reforma Judicial de Brasil, Renato Campos do Vitto	45
	Programa de Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos en Costa Rica, Rita Maxera	49
	Programa de Mediación Penal Juvenil en Cataluña, España, Charo Soler Roque	55
	La Experiencia Venezolana en Justicia Penal Juvenil, Lenin Romero	71
■	II. Experiencias Nacionales	77
	La experiencia en la Provincia de Buenos Aires, Mariano Ezequiel Muzio	79
	Programa de Libertad Asistida de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Marisa Kelmesz	83
	Programa de Mediación Penal Juvenil de la Provincia de Entre Ríos, Arsenio F. Mendoza	87
	Programa de Mediación para Delitos Juveniles de la Provincia de Neuquén, María D. Finochietti	90
	Programa “Todos Entran” de la Provincia de Santa Fe, Néstor Ciarniello	101
■	Anexos	109
	Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España, Rita Maxera	111
	Justicia penal: Realidad y Fin, Silvana Sandra Paz, Silvina Marcela Paz y Mariano Ezequiel Muzio	129

PRÓLOGO

Pensar en buenas prácticas en justicia penal juvenil nos lleva indefectiblemente a pensar en el marco normativo institucional existente. Así como no puede haber una buena práctica con una mala normativa tampoco sería posible una buena normativa con prácticas que vulneran los derechos de los jóvenes.

Por eso, el Estado argentino plantea las transformaciones teniendo en cuenta la necesidad de bregar por una modificación normativa que ha mostrado su lozanía a través del tiempo y ha sido casi hasta el presente inderrotable, con todo lo que eso implica de carga ideológica, de sentido discriminador de la infancia y la adolescencia. En este sentido, luchar por un sistema de responsabilidad penal juvenil resulta indispensable, al mismo tiempo que resaltemos las buenas prácticas e interpelemos aquellas violatorias de derechos y garantías constitucionales.

Históricamente, la infancia y la adolescencia en la Argentina se caracterizaron por su situación de vulneración de derechos. Es cierto que eso no es propio de la Argentina sino que tiene que ver, por un lado, con la propia génesis del capitalismo, donde uno de sus pilares ha sido la mano de obra esclava de la niñez y las consecuencias históricas de modelos de profunda desigualdad social hasta llegar a los recientes modelos neoliberales del ajuste perpetuo, de la discriminación y de la desigualdad. Por otro lado, hay otro tipo de razones que en el país, además, se han agravado con la dictadura terrorista de 1976. De este período data el vigente Régimen Penal de la Minoridad. Hay un patrón silencioso pero presente, sobre todo de la adolescencia y la juventud, como enemigos del orden social. Se encuentra subyacente la ideología de un régimen terrorista que se apropió de niños como mercancía, que consideró a la adolescencia aun más temprana como enemiga: hay 238 jóvenes menores asesinados y desaparecidos; hay niños de 14 años que fueron ejecutados por la dictadura militar.

De alguna manera, eso se encuentra subyacente en algunos patrones ideológicos encubiertos que hoy existen. Contra todo eso es que debemos concentrar los esfuerzos para modificar una situación que tiene su epifenómeno en el tratamiento penal de los jóvenes, que hace a todo un modelo estructural donde la mortalidad infantil, el trabajo infantil, la explotación sexual infantil y la falta de atención en cuanto a la salud y la educación también forman parte de este cuadro de situación difícil, que el Estado argentino empezó a revertir.

Consideramos que la privación de libertad debe ser una situación excepcional y límite, al contrario de la "habitualidad" que se advierte a lo largo de la historia en la Argentina, donde la detención tiene el sentido de castigo y ocultamiento, y no es reparatoria. Se levantan muros para que no se vean los pobres, los niños, los privados de razón a través de la locura así como todo aquello que molesta, para dar una imagen falsa de una sociedad que de una vez por todas tiene que asumirse a sí misma en sus virtudes y sus defectos, y buscar soluciones a aquellas cosas que deben ser corregidas.

De forma sencilla, esta publicación presenta ciertos conceptos claves sobre la justicia penal juvenil y sólo algunas de las experiencias existentes que, con sus aciertos y dificultades, apelan a una mirada distinta y alternativa en relación a la privación de la libertad y posibilitan la construcción del sentido de responsabilidad por parte del joven que ha infringido la ley penal.

6 / Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil

Estamos seguros de que este material contribuirá a fomentar y difundir las buenas prácticas en justicia penal juvenil, y servirá como herramienta para todos aquellos que están comprometidos en la defensa de los derechos de los jóvenes.

Dra. Gladys Acosta Vargas

Representante de UNICEF
en Argentina

Lic. Paola Vessvessian

Secretaria Nacional de Niñez,
Adolescencia y Familia
Ministerio de Desarrollo Social de la Nación

Dr. Eduardo Luis Duhalde

Secretario de Derechos Humanos
Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos de la Nación

PRESENTACIÓN

La presente publicación tiene por objetivo fundamental difundir experiencias no privativas de la libertad en materia de justicia penal juvenil, que se estén desarrollando, tanto en nuestro país, como en otros países.

Su antecedente y fuente principal son las “Jornadas sobre buenas prácticas en Justicia Penal Juvenil”, realizadas el 19 y 20 de Septiembre de 2005 en el Senado de la Nación. Organizadas por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y por el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (hoy Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia) del Ministerio de Desarrollo Social, las Jornadas contaron con el auspicio del Honorable Senado de la Nación, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El propósito fue reunir actores de diferentes lugares del país relacionados con la problemática de adolescentes imputados y/o condenados por la comisión de delitos –jueces, fiscales, defensores, funcionarios de los poderes ejecutivos nacionales y provinciales, representantes de organizaciones sociales- para intercambiar información sobre *buenas prácticas* en materia de justicia penal juvenil, como lo son las experiencias de *justicia restaurativa* y la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

En el encuentro participaron la Ministra de Desarrollo Social, Dra. Alicia Kirchner, el Secretario de Derechos Humanos, Dr. Eduardo Luís Duhalde, el Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Dr. Alejandro Slokar, así como especialistas en la materia de nuestro país, y de Brasil, Costa Rica, Venezuela y España. También participó el Relator Especial para las Personas Privadas de Libertad en las Américas y Relator para la Argentina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Florentín Meléndez, quién efectuó una cruda descripción de la situación carcelaria en el continente, y de las graves violaciones a los derechos humanos que sufren las personas privadas de libertad, considerando que la realización de las Jornadas constituía en sí misma una buena práctica.

Este documento, publicado conjuntamente entre la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), se propone recuperar y difundir aquellas experiencias y compartir otras nuevas, para debatir y dar impulso a un Sistema de Justicia Penal Juvenil.

En la primera parte se plantean algunos conceptos fundamentales y los debates más actuales en torno a la justicia penal juvenil.

En la segunda parte se recogen experiencias que por su metodología, sus logros, su trayectoria y su enfoque para resolver dificultades las consideramos referentes. Se presentan algunas experiencias de otros Estados que tienen una realidad similar, ya sea en lo social, en lo económico, o en su tradición jurídica y una recopilación de algunas experiencias nacionales, que han tenido importantes logros, y por tanto es bueno que puedan ser conocidas, fortalecidas y replicadas.

Esta publicación brinda elementos sumamente valiosos para evitar violaciones de los derechos de los adolescentes cuando éstos se hallen en conflicto con la ley penal y, especialmente, nos muestra que existe la posibilidad de trabajar con los jóvenes desde una perspectiva socio-educativa. A su vez, este documento busca ser una instancia superadora de la mera crítica al régimen actual puesto que, sin perjuicio de

8 / Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil

encontrarse aun pendiente de modificación, ello no puede constituir un impedimento para la construcción de un camino respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, la publicación pretende ser una herramienta para trabajar con el Poder Judicial sobre distintas alternativas al momento de decidir la sanción aplicable a un niño o joven; ya que se podrá contar con un abanico de posibilidades alternativas a la privación de libertad, y que no sea la institucionalización la medida a la que recurran en función de una supuesta protección.

Cabe recordar que, debido al sistema tutelar en general y, dentro del mismo, el Régimen Penal de la Minoridad, regulado mediante la Ley N° 22.278 y su modificatoria N° 22.803 dictadas por la última dictadura militar, todavía existe en nuestro país una grave situación de vulneración de derechos respecto de los niños, niñas y adolescentes sometidos a dicho régimen, especialmente de aquellos privados de su libertad. Así también lo está entendiendo la jurisprudencia que, mediante distintos fallos, cuestiona fuertemente la constitucionalidad del sistema vigente¹.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 37 y 40, establece que la privación de la libertad de jóvenes infractores de la ley penal debe ser utilizada como último recurso y por el menor tiempo posible. Además señala que la intervención, cuando hay niños y adolescentes imputados de delito, debe orientarse a fomentar la dignidad y el respeto de esos niños por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros.

En el mismo sentido, en la quinta regla de Beijing, se afirma que el sistema de justicia juvenil debe hacer hincapié en el bienestar de los jóvenes y adolescentes. Entonces, definir si estamos desarrollando o no buenas prácticas supone confrontar esos imperativos con lo que venimos trabajando a diario.

El artículo 30 de las Reglas de Beijing y los artículos 60 y 62 de las Directrices de Riad nos convocan a una investigación, evaluación y revisión periódica del estado de situación de aquellos jóvenes que son imputados de cometer delitos en nuestros países y también a una revisión periódica de las políticas y de las prácticas a desarrollar. Hay allí un precepto que indica que la administración de justicia penal juvenil debe ser concebida como parte integrante de los esfuerzos del desarrollo nacional.

Existen aspectos que debemos mejorar sustantivamente en nuestras prácticas. Por un lado, el escaso respeto del principio de inocencia, de jerarquía constitucional. Esto significa que las sanciones que padecen los jóvenes imputados de delitos son prácticamente idénticas, ya sean jóvenes que luego van a ser sobreseídos o absueltos, como aquellos otros que finalmente son encontrados responsables del hecho. A esto se suma el hecho de que en nuestro país existen adolescentes y jóvenes que están condenados a prisión y reclusión perpetua o a penas de prisión muy altas.

Además, tenemos que observar que la dificultad que provoca la excesiva demora en la sustanciación de los procesos en los cuales están imputados adolescentes, no solo es de orden burocrático. También ocasiona enormes dificultades intelectuales y psicológicas, casi insuperables, para que el joven sometido a proceso pueda establecer una relación entre el procedimiento, la resolución y aquel hecho que se le imputó. Si estamos aspirando a trabajar el problema de la responsabilidad, no puede haber una gran distancia entre el momento en que se resuelve su participación en el hecho y el momento histórico en que se produjo.

¹ Fallos M.D.E. s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado (el Dial- AA305B) y C.39520 "Incidente de Incompetencia en autos G.F:D. s/ expediente tutelar" – CNCRIM Y CORREC FED Sala I 06/12/2006.

Existe un rico debate en la actualidad, y ansiosamente esperamos que la Ley de Justicia Penal Juvenil resulte ser aquella que todos propiciamos, para generar prácticas acordes con las obligaciones asumidas nacional e internacionalmente a partir de la jerarquía constitucional de la Convención.

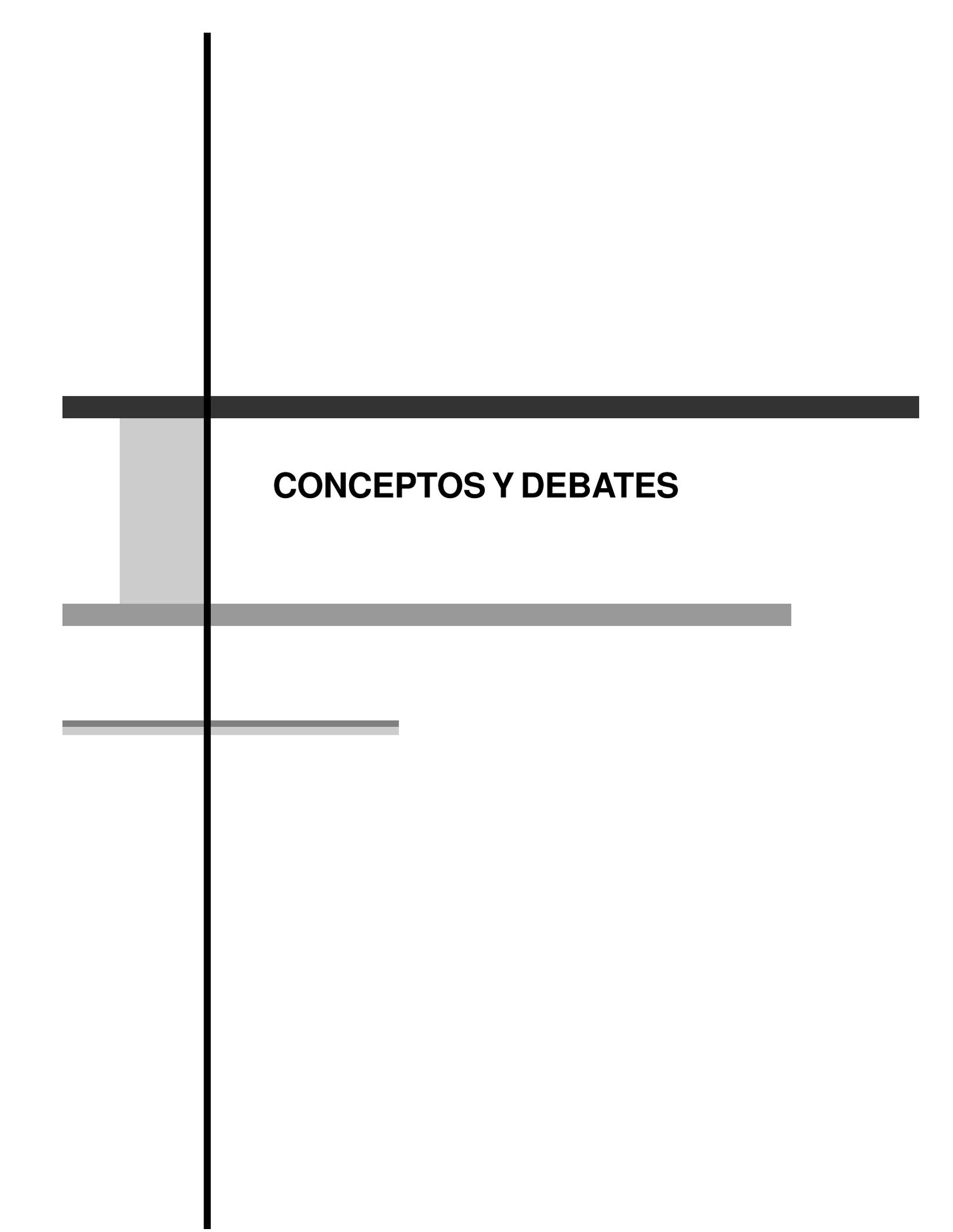
El desafío de esta publicación es contribuir a ese debate mediante la producción de insumos y la puesta en común del trabajo que permita implementar políticas sociales activas para dar respuesta a esta temática y conocer el trabajo con jóvenes que han cometido delitos, con un abordaje plenamente respetuoso de sus derechos. Así, buscamos demostrar que trabajar con adolescentes infractores respetando plenamente sus derechos es no solo un mandato legal, sino también que es posible.

Lic. Victoria Martínez

Directora Nacional de Asistencia Directa
a Personas y Grupos Vulnerables
Secretaría de Derechos Humanos

Dr. Gabriel Lerner

Director Nacional de Derechos y Programas
Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia

The image features a minimalist abstract design. A thin vertical black line runs down the left side of the page. To its right, there are three horizontal bars of varying lengths and shades of gray. The top bar is the longest and darkest, extending across most of the page width. Below it is a shorter, medium-gray bar. The bottom bar is the shortest and lightest gray. The text 'CONCEPTOS Y DEBATES' is centered horizontally between the top and middle bars.

CONCEPTOS Y DEBATES

PALABRAS DEL SUBSECRETARIO DE POLÍTICA CRIMINAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN*

Celebro el espacio de reflexión amplia y participativa que, sin lugar a dudas, va a redundar en una mejor calidad institucional, si desde luego se trata de buenas prácticas en la operatividad de aquella área de la agencia judicial en la que aún gobierna el autoritarismo tutelar fruto del higienismo positivista que constituía la ideología mundial que imperaba a fines del siglo XIX.

Como ustedes bien saben, respecto de los niños y adolescentes, el poder punitivo muestra sus mayores contradicciones; las patentiza, las hace mucho más claras y evidentes. Esto significa que exhibe su ineficacia preventiva, su inhumanidad, su violencia y, en no pocos casos, también su corrupción.

Insisto en que todo ello surge bastante cristalino, con meridiana claridad y, por ende, muchas veces se ha optado por encubrirlo bajo un pretendido manto tutelar, para pasar a ser allí más autoritario que respecto de nosotros, los adultos.

Aunque, sin querer llamar a confusión, diré que a veces hay que tener cuidado. Porque en ocasiones el sistema penal se va a quitar la máscara y va a aspirar a reprimir la precocidad, sosteniendo que todos los niños infractores son hijos de delincuentes que se reproducen. Es así que se lanza un sistema penal subterráneo, casi de la cloaca, en donde se proclama la lisa y llana eliminación o la ejecución sin proceso de los adolescentes, que es una realidad que bien conocemos de los países de la región.

Ahora, es cierto que durante muchos años el sistema penal se ha cubierto con esa careta “pietista”, con la máscara piadosa y ha pretendido que los niños y adolescentes debían quedar fuera del discurso penal porque estaban tutelados con medidas educativas o formadoras.

Creo que, en realidad, la inquisición y el positivismo criminológico triunfaron más ampliamente y durante muchos más años en el campo de los niños antes que en el terreno de los adultos con el llamado “Derecho del menor” acuñado por, si se me permite, los “minoristas”, en donde los pobres chicos lo que hicieron fue abonar el terreno y dar caldo de cultivo en favor de aquellas concepciones.

Insisto en que, con este contexto de tutela, niños y adolescentes, fueron y son prisionizados sin proceso ni defensa, por decisiones arbitrarias de jueces.

La incapacidad que a veces se sigue alegando respecto de ellos hacía y hace que no exista obligación alguna de escucharlos y menos aún de atender sus demandas. Claro: como las medidas eran tomadas en su favor, no eran necesarias las garantías.

Como bien ustedes conocen, y no quiero abundar en esto en los breves minutos que se me encomiendan, el proceso de “rejuridización” en la concepción del niño y adolescente como sujeto de derecho comenzó por los años ‘60 y culminó en las últimas décadas con la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad, etcétera. La idea central de este aparato normativo es que ningún niño, ningún adolescente, pueda estar en peor situación penal o procesal que un adulto que hubiese realizado la misma conducta.

Siendo esto bastante elemental, la humanidad demoró un siglo para materializarlo en el mundo y, lamentablemente, todavía a la Argentina no llegó.

Creo que una tan ansiada ley de protección integral vendrá a dar cuenta de ello. Pero, cuidado, creo convenir con todos ustedes en que no basta una ley para mejorar la situación de los jóvenes, como si la realidad se transformase con los papeles, como si apenas una hoja de papel pudiera mutar lo que vivimos cotidianamente.

* Palabras pronunciadas por Alejandro Slokar con motivo del cierre de las Jornadas sobre Buenas Prácticas en Justicia Penal Juvenil realizadas en septiembre de 2005 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

14 / Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil

Por eso creo que a este propósito es indispensable recorrer un camino juntos para remover métodos, pero también contenidos en el ejercicio de las políticas públicas de ese ámbito. En aras de mejorar la calidad institucional y a favor del compromiso, defensa y respeto de los derechos de los niños que, desde luego, supere el mero auxilio caritativo que los trata como objetos. Me refiero a que, en rigor, se reconozca de una vez por todas que son sujetos de derecho, favoreciendo como ejercicio de ese derecho las políticas públicas, sociales y universales.

Quiero terminar diciendo que el empeño del gobierno del cual me siento muy orgulloso de formar parte, pero también el de todo argentino de bien, es que frente a la ansiedad y a la zozobra que muchas veces provoca y genera impotencia, los pibes puedan soñar con un futuro en el cual, y para empezar, puedan vivir, crecer, pensar en ser grandes y, por sobre todo, un poco más felices que hoy. Por todo ello, muchas gracias por la actividad de todas y todos ustedes.

SITUACIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS*

En primer lugar, quiero expresar una profunda y especial satisfacción por estar en el Honorable Senado de la República en este evento importantísimo sobre buenas prácticas en materia de justicia penal juvenil. Es un honor para la Comisión Interamericana no sólo estar presente, sino apoyar este valiosísimo esfuerzo de la Argentina y de sus instituciones para brindar de manera integral una protección a la niñez y a la adolescencia, señalada como infractora de la ley penal en el país.

Es muy importante discutir estos temas y reflexionar sobre los avances, los retrocesos y estancamientos que tenemos en nuestros países. Debemos tomar como referente, precisamente, esos avances, pero también las malas prácticas; unas, para multiplicarlas, y otras, para no repetir las en el continente.

Fundamentalmente, hablar de las buenas prácticas en materia de justicia penal juvenil, es hablar de la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos.

Hablar de las buenas prácticas en esta materia es traer a cuenta las implicaciones y los alcances de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y en materia de administración de justicia juvenil, que están fundamentalmente desarrollados en la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional en la Argentina. Este es un ejemplo y un gran avance a nivel del derecho constitucional comparado, a raíz de la reforma constitucional de 1994.

También implica recordar y traer a cuenta los estándares que están desarrollados en las Reglas Mínimas sobre la Administración de Justicia de Menores de las Naciones Unidas, en los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Menores Privados de Libertad y, por supuesto, en las Reglas de Tokio sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, entre otros instrumentos internacionales que protegen de manera integral los derechos de la niñez y la adolescencia.

Considero que hablar de buenas prácticas en este campo no es otra cosa más que poner en práctica de manera efectiva esas normas internacionales, y los derechos fundamentales y garantías con rango constitucional en nuestros países. Hablar de buenas prácticas de manera creativa implica involucrar a las instituciones de la sociedad, especialmente la familia, las universidades y otro tipo de instituciones sociales que por naturaleza tienen que coadyuvar los esfuerzos del Estado para cumplir sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, particularmente para proteger a sectores vulnerables como la niñez y la adolescencia en nuestros países.

Hablar de buenas prácticas implica reflejar la aplicación efectiva de dichas normas en la práctica institucional cotidiana; y por supuesto, tener como referente en toda actuación institucional del aparato del Estado, los principios fundamentales rectores de protección integral de la niñez, comenzando por el principio del "interés superior de la niñez", que no sólo ha sido recogido por la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que ha sido desarrollado en varias legislaciones del continente. Incluso, ha sido interpretado extensivamente por la Corte Interamericana en su jurisprudencia reciente. Eso implica darle validez, en toda circunstancia, al principio de legalidad, al principio de humanidad, al principio de la afectación mínima, al principio de la imparcialidad y, por supuesto, teniendo esta visión de co-responsabilidad, al principio de la participación de la comunidad.

Es un reto y un compromiso para todos los actores en el continente generar tendencias importantes, y prácticas ejemplarizantes y positivas, es decir, buenas prácticas.

La Comisión Interamericana tiene especial interés en apoyar, en la medida de nuestras capacidades y

*Florentín Meléndez, Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para Argentina, Bolivia, México y República Dominicana y Miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

posibilidades, este tipo esfuerzos. Es precisamente por ello que la Comisión está co-auspiciando este evento, y va a seguir apoyando todo evento similar, especialmente en la Argentina, ya que como Relator de la Argentina, me corresponde apoyar los avances que ya estamos observando en el país, y que ello pueda servir para multiplicarlo en el continente. Esa es también parte de la tarea de la Comisión Interamericana: alentar las buenas prácticas y apoyarlas, así como también difundirlas y reconocerlas, especialmente en el propio territorio del Estado en donde se están produciendo.

Por otro lado, quiero referirme a un tema que no es ajeno a la Justicia Penal Juvenil, el tema carcelario a nivel continental, en la medida que nos estamos informando en la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, a mi cargo.

Como ustedes han escuchado, estoy a cargo de la Relatoría no sólo de la Argentina y otros países, sino de la Relatoría sobre Personas Privadas de Libertad en las Américas. Eso nos permite y nos exige darle seguimiento a la situación carcelaria y a la situación institucional de adolescentes infractores de la ley en distintos países. Hemos estado informándonos de la situación carcelaria e institucional en las Américas. Tenemos distintas fuentes de información. Agradeceríamos, por lo tanto, que nos hagan llegar cualquier tipo de información sobre la situación carcelaria e institucional en las distintas provincias de la Argentina. Nosotros nos informamos a través de la recepción y procesamiento de casos individuales. Conocemos casos individuales vinculados con la justicia penal juvenil, con las violaciones al debido proceso, así como también con las condiciones carcelarias a nivel continental.

En ese sentido, nos estamos informando, ya sea a través de las solicitudes de medidas cautelares, como por medio de los informes gubernamentales o de las organizaciones no gubernamentales que nos hacen llegar a la Comisión Interamericana. Nos estamos informando desde la Relatoría a través de las visitas *in situ* que estamos realizando en distintos países. Así, por ejemplo, en poco menos de dos años que tengo como Comisionado y Relator para estos temas, hemos visitado algunos centros de detención, cárceles policiales, cárceles de “retención migratoria”, como lo llaman en algunos países, e instituciones donde están internos los adolescentes infractores de la ley, y también los adultos. Incluso, hemos visitado cárceles de alta seguridad y cárceles donde están los pabellones de la muerte, es decir, las personas que están condenadas a muerte o condenadas a cadena perpetua.

En ese sentido, hemos podido constatar “horrores”, lo digo enfáticamente con ese término. Hemos detectado situaciones altamente deplorables en distintos países del continente, que parecieran ser una práctica generalizada, salvo rarísimas excepciones, salvo buenas prácticas que también estamos constataando, que no son la tendencia generalizada sino, lamentablemente, la excepción. Por ejemplo, hemos visitado en la Argentina el centro penitenciario de Mendoza, en diciembre pasado, y nos encontramos con una situación lamentable. No quiero decir que es una situación propia o exclusiva de Mendoza, lamentablemente este tipo de situaciones se observa también en otros países del continente. Le hemos dado seguimiento a la grave situación de la cárcel de Urso Branco, en Brasil, que también tiene medidas provisionales de la Corte y antes tenía medidas cautelares de la Comisión.

En esas cárceles se observan altos niveles de violencia, pero también se observa la pasividad de las autoridades frente a los niveles de alta violencia interna. Hemos visitado cárceles de alta seguridad en Guatemala. Recientemente, en Escuintla, Guatemala, se han producido no menos de 30 internos muertos, ante la pasividad de las autoridades. También pudimos constatar violencia interna con resultado de muerte en Mendoza y en Urso Branco.

En mí país —El Salvador— también hay altos niveles de violencia en los centros penitenciarios, con decenas de seres humanos muertos al interior de las cárceles. Hemos podido visitar centros penitenciarios para adultos, por ejemplo, en San Pedro Sula, Honduras, donde por negligencia inexcusable, se produjo un hecho gravísimo que costó la vida de 106 jóvenes infractores de la ley, que murieron quemados en su celda, sin que hubiera una actuación diligente de las autoridades penitenciarias. Reitero, 106 seres humanos murieron calcinados en una celda, que es un poco más grande que este salón, donde estaban privados de libertad por diferentes hechos, sin acceso al sol.

Asimismo, hemos podido visitar centros de menores en Guatemala. Durante la visita al centro la Gaviota, en la ciudad capital, pudimos decretar medidas cautelares de oficio, a fin de proteger a

niños y adolescentes de la “calle” que fueron reprimidos por personal de vigilancia por haber hablado con el Relator un día antes. Los menores de edad fueron sacados de sus celdas en horas de la madrugada, en un lugar donde hace mucho frío, y desnudos fueron bañados con agua helada y dejados a la intemperie, como represalia por haber conversado con el Relator en una visita oficial de la Comisión.

Con estas anécdotas quiero plantearles cómo nos estamos informando en la Comisión sobre la situación real que se está viviendo en muchos centros penitenciarios y centros de menores infractores de la ley en el continente.

En Guatemala también visitamos una cárcel identificada como la Comisaría 33, donde estaban internos 300 adolescentes infractores de la ley, completamente abandonados en un patio. El Relator le advirtió a las autoridades que si no tomaban medidas urgentes y eficaces, en cualquier momento podía haber brotes de violencia con resultado de muerte. Y en efecto, hace menos de un mes, en ese centro carcelario que visitamos, murieron no menos de 30 adolescentes infractores de la ley, por la violencia interna y la pasividad de las autoridades.

Pudimos también visitar, durante una visita nocturna realizada en el mes de junio, el centro de menores infractores de la ley de Tatuapé, en San Pablo, Brasil. Y así hemos ido, en la medida de las posibilidades, visitando diferentes centros carcelarios y penitenciarios. Y seguiremos visitando centros penitenciarios e instituciones de adolescentes en las Américas, para informarnos directamente de la situación y de las condiciones carcelarias, y poder incidir en el terreno promoviendo cambios positivos y generar buenas prácticas a nivel penitenciario e institucional. Esa es parte de la labor de la Comisión, y con estas visitas nos estamos informando.

¿Cuál es la idea que como Relator tengo de la situación carcelaria en las Américas? Creo que se dan cinco elementos característicos que son comunes en el continente, especialmente en América latina.

El primero de ellos es la ausencia de políticas públicas penitenciarias compatibles con los estándares internacionales. No obstante, debo reconocer que estamos siendo informados de que hay avances legislativos, por ejemplo, en materia de leyes sobre adolescentes infractores de la ley. Hay avances, hay procesos de adecuación legislativa a los estándares internacionales. Sin embargo, una buena ley con una mala práctica no puede, definitivamente, producir los efectos para los que ha sido prevista. Una segunda característica generalizada, es la del abandono de los centros penitenciarios. Los centros penitenciarios y los centros de menores, por regla general, están abandonados en nuestros países. Un tercer elemento característico, conocido por todos, es el hacinamiento, es decir, la sobrepoblación carcelaria. Un cuarto elemento es la discriminación en el trato a la población interna y en la aplicación de la ley. Y un quinto elemento, es el autoritarismo y la arbitrariedad en los centros de privación de libertad.

En cuanto a la ausencia de políticas públicas, no hemos podido observar ciertamente que haya voluntad política para implementar y estructurar de manera consensuada con la comunidad, con la familia, y con los sectores directamente involucrados, políticas públicas eficaces, humanistas y compatibles con la dignidad y los derechos fundamentales; compatibles con las exigencias de un Estado constitucional y democrático de derecho. No hemos podido observar que haya políticas públicas compatibles con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Las políticas públicas que estamos observando son de corte represivo, son políticas de “mano dura” o, como se las identifica en mi propio país, políticas de “súper mano dura”. Estas son políticas de castigo, de encierro y aislamiento, que excluyen la participación de las familias y de la comunidad; son políticas que promueven el ocio carcelario, que es el enemigo principal de la resocialización de los internos, y que no propicia definitivamente su retorno al seno familiar y a la sociedad.

En cuanto al abandono carcelario, no sólo observamos un abandono de las autoridades penitenciarias o responsables de las instituciones de adolescentes infractores de la ley, sino, lo que es más grave aún, un abandono de la Justicia. Esta situación de abandono de la justicia tuvo la oportunidad de plantearse a la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, y pude llamar su atención e intervención. El abandono carcelario, por lo tanto no es sólo el abandono de las autoridades penitenciarias, sino de los jueces de ejecución penal, de los jueces penitenciarios, de los jueces que instruyen los procesos penales, y en algunos casos, hasta de los mismos defensores públicos.

Por supuesto, hay que reconocer algunas cosas. He sido informado que la Defensora Pública del Estado ha adoptado como iniciativa muy valiosa la visita obligada de los defensores públicos de manera periódica a los internos que están abandonados hasta por sus defensores. Eso también refleja que no se aplican medidas como la libertad condicional, las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión, que bajarían considerablemente los niveles de sobrepoblación o hacinamiento y, por lo tanto, de violencia interna.

Ese abandono se traduce también en el acceso a los derechos sociales fundamentales en los centros de privación de libertad en cuanto a la alimentación precaria que reciben los internos. Por ejemplo, en Escuintla, Guatemala, en el centro de menores infractores, el personal de la institución jamás entra al interior del recinto. La comida se las dan en bolsas plásticas que dejan en la entrada del establecimiento para que los mismos internos se la distribuyan en 300 raciones que nunca alcanzan para todos, por lo que siempre hay violencia por la distribución de la alimentación. Por supuesto, eso provoca hambre, desnutrición y resentimiento, generador de brotes brutales de violencia.

El abandono también se observa con la falta de acceso a la asistencia médica y psicológica, especialmente en centros con altos índices de violencia, así como con las precarias condiciones de higiene, la prácticamente nula actividad laboral, deportiva, cultural y educativa en muchísimos centros. Hay un abandono casi completo en el continente, hasta donde nos estamos informando, sobre la situación carcelaria.

Lo que se promueve, entonces, es el ocio carcelario. Esta es una situación muy cómoda para las autoridades en el continente que, definitivamente, están afuera de los recintos carcelarios, ya que no intervienen, ni previenen la violencia interna, y no actúan positivamente respecto de los aspectos fundamentales de los derechos sociales de los internos.

También hemos podido observar una ausencia de controles internos y de supervisión e inspección efectiva, como una labor preventiva de la violencia. No hay prácticamente medidas de prevención de la violencia. Las cárceles de América Latina, por lo general, son una especie de bombas de tiempo y, de hecho, ya están explotando. Han explotado en Urso Branco, en Mendoza, en Jigüey, República Dominicana, en San Pedro Sula, en Escuintla, etc. Están explotando en todo el continente. Lamentablemente, son explosiones humanas, son muertes de seres humanos que se pueden y se deben evitar. Esto representa el sufrimiento y la desesperanza de miles de familias en el continente, no sólo de los internos. Y esto no se toma en consideración para reestructurar las políticas públicas eficaces en esta materia.

Asimismo, hay una ligera tendencia a la privatización de los centros penitenciarios. He podido visitar el centro penitenciario central de Belice, que está privatizado completamente, y estamos esperando los resultados de este nuevo modelo o de esta nueva tendencia que quiere arraigarse en el continente. Hay mucha presión en algunos países para que se privaticen las prisiones.

En cuanto al hacinamiento y a la sobrepoblación, en la Argentina tenemos algunos ejemplos, no es sólo el caso de Mendoza. Y los tenemos en casi todos los países del continente. Es lamentable que todavía se observen casos de tortura y, de manera muy generalizada, tratos crueles, inhumanos y degradantes en nuestras cárceles. No hay separación de categorías de internos, tal como está planteado en la normativa y en los estándares internacionales, lo cual también incrementa la violencia carcelaria. Hay una falta generalizada de infraestructura carcelaria y de presupuestos penitenciarios adecuados para que el mismo sistema cumpla con sus objetivos fundamentales de resocialización.

En cuanto a la discriminación, hemos observado una aplicación selectiva de las leyes penales y de las leyes que se aplican a los jóvenes o a los adolescentes infractores de la ley. Hay un trato diferenciado por distintos motivos: posición económica, origen social, pensamiento político e ideológico. Lamentablemente, también los hay por género y raza. Las cárceles de Oaxaca, en México, son un ejemplo de la discriminación por motivos de raza.

Por otra parte, hay un tráfico de influencias que propicia el tráfico de drogas y de armas al interior de los centros penitenciarios y de las instituciones de menores infractores de la ley. Definitivamente, todo esto redundará de manera negativa en la afectación de grupos vulnerables, como los indígenas, los adolescentes, los pobres, las mujeres y los afrodescendientes.

Por último, el autoritarismo y la arbitrariedad están cobrando mucha fuerza en varios países. La ley no es precisamente la que impera, no es el derecho el que impera, sino la apreciación discrecional y desmedida de muchas autoridades, que actúan sin control alguno, incluso sin control judicial, sin control de entidades de una fortaleza moral y ética, como la Defensoría del Pueblo, que en varios casos, sus miembros no pueden ingresar libremente a los centros carcelarios y penitenciarios, por el fortalecimiento de la discrecionalidad, el autoritarismo y la arbitrariedad desmedida de las autoridades. Definitivamente, eso propicia la tortura y el trato brutal, trastorna el régimen de visitas, y establece como sistema de castigo el aislamiento, el encierro, la incomunicación, los traslados arbitrarios, la afectación del derecho a la defensa, la proliferación de cárceles de alta seguridad y, en definitiva, genera condiciones propicias para la impunidad en los centros penitenciarios.

Quiero concluir planteándoles a ustedes que este problema -profundamente humano- requiere de una solución profundamente humanitaria. Y no tengo dudas que este esfuerzo que se está haciendo ahora en la Argentina sobre las buenas prácticas en materia de justicia penal juvenil, que no está divorciada del tema penitenciario e institucional, va a contribuir para tener una visión mucho más integral de la problemática, que nos permita, a la Comisión Interamericana, no sólo poder alentar estos esfuerzos sino exhortar su multiplicación en otros países donde no se observan precisamente buenas prácticas en esta materia.

En la Comisión, desde la Relatoría de Personas Privadas de Libertad, estamos haciendo un esfuerzo no sólo por visitar las cárceles en el continente y poder incidir en el terreno, sino también por preparar un informe regional sobre la situación de las personas privadas de libertad en las Américas, y para ello queremos nutrirnos de información de distintas fuentes confiables y objetivas.

Quiero aprovechar para solicitar esa información y que ustedes la hagan llegar a la Comisión Interamericana para poder rendir este informe en los próximos años. También estamos haciendo un esfuerzo para preparar el proyecto de una Declaración Interamericana sobre principios, derechos y garantías de las personas privadas de libertad en las Américas. La Relatoría a mi cargo ha preparado un primer borrador que ha sido revisado por el equipo técnico de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión. Posteriormente, va a ser consultado con mis colegas comisionados, y probablemente a partir de noviembre o diciembre de 2005, lo estaremos consultando con distintas instancias en el continente, con algunos gobiernos, con organizaciones no gubernamentales, con universidades y con personalidades involucradas en el tema.

Agradeceríamos también su opinión para enriquecer este instrumento, que no pretendemos que sea uno más, sino que venga a introducir un valor agregado en el desarrollo normativo de la protección integral de la niñez, la adolescencia y de los adultos privados de libertad en las Américas.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL JUVENIL*

1. Las democracias del siglo XXI

1. 1. El Estado Nacional en el mundo globalizado.

1. 2. Los Derechos Humanos y los estándares mínimos.

Los Estados en el siglo XXI han cambiado, el Estado nacional en este mundo globalizado ha variado en cuanto a las funciones, controles, interdependencia y fundamentalmente, ha modificado la matriz “estado-céntrica” que presentaba acerca de la política, dado que en los '70 la centralidad de la vida estaba alrededor de la política en las universidades, los sindicatos, la escuela, las actividades. Actualmente, el Estado dentro de la globalización, se enfrenta a la mundialización incontrolable por los estados de bienes y servicios, por lo que éstos difícilmente pueden regular. En consecuencia a países del tercer mundo, la globalización nos ocasiona graves problemáticas en el ámbito social, cultural, económico y político. La cibernética dentro de la actual estructura no conoce de límites ni aduanas, opera independientemente de los controles tradicionales.

Puede afirmarse que las democracias se encuentran debilitadas frente a las bolsas, el flujo de capitales, el manejo de divisas que operan durante las veinticuatro horas del día, todo el año, dado que siempre existe un mercado bursátil funcionando en algún lugar del mundo, donde se puede operar aún desde las computadoras. Somos testigos de cómo no existe un solo país que pueda soportar la fuga masiva de capitales, sin poner en vilo a su propio sistema político, de cómo en uniones regiones –UE- entienden que las huelgas de un país inciden en la de sus vecinos de las mismas empresas mundiales, para citar alguno de los ejemplos.

Paradójicamente, de esa globalización también debemos valorar el auge del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de ello la posibilidad de los monitoreos a través de organismos supranacionales y de justicia, para que vayan surgiendo líneas directrices, para que los países y la comunidad internacional en general, puedan estar alcanzando los estándares mínimos internacionales dentro de sus propias leyes internas. Estos estándares se encuentran positivizados en declaraciones, pactos, tratados, convenciones, que surgen de largos procesos regionales e internacionales y luego se plasman en normas, que a su vez deben ser ratificadas por los Estados parte, con el procedimiento de sanción de leyes y de esta manera adquieren obligatoriedad para su aplicación en el derecho interno.

Muchas veces, desde el ámbito internacional, con las opiniones consultivas, decisorios sobre asuntos cuasi-contenciosos y contenciosos, los organismos ayudan más de lo que los propios funcionarios imaginan. Así los controles a los Estados y los informes que éstos producen en cada uno de los monitoreos que tienen previstos los tratados, son muy útiles.

Analizamos dentro de los derechos humanos juveniles y estándares mínimos, que nuestro país se encuentra en situación similar a la de muchos países de América latina, con déficit en la aplicación de nuestro sistema de normas internas en relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos, recomendaciones, protocolos. A la fecha Argentina no ha adaptado en la legislación interna una norma específica que se adecue a la Convención sobre los Derechos del Niño – aprobada y publicada en BO la ley 23849 que ratifica a la citada Convención con fecha 22/10/1990-, aunque se encuentran en trámite legislativo proyectos de ley que lo contempla¹.

* Ana María Figueroa, Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Doctora en Derecho. Coordinadora del Área Jurídica, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación .

¹ Con posterioridad a la presente Jornada sobre “Buenas Prácticas en Justicia Penal Juvenil” se promulgó el 21 de octubre de 2005 la ley N° 26.061 denominada de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños

Advirtamos que dentro del proceso continental, en los '90 Brasil adaptó su legislación. Argentina a pesar de haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño en similar período, por las legislaciones específicas de inferior jerarquía, observamos la circunstancia de que menores de 16 y 17 años pueden y son condenados a prisión y reclusión perpetua, es decir, se les aplica el régimen penal de los adultos. En América Latina el otro país que aplica legislación ordinaria a las personas de los 16 a 21 años es Bolivia, mientras que en la mayoría establece topes a las penas por ilícitos cometidos por personas al momento de la colisión menores de 18 años de edad. En este sentido debemos analizar por qué razón los operadores jurídicos, abogados y jueces, no aplican la ley como deben hacerlo, por qué razón no se interponen inconstitucionalidades cuando existe contradicción entre nuestra norma suprema y las leyes inferiores. Las respuestas pueden ser múltiples, que varían desde la poca presión que pueden realizar los niños y niñas, hasta no considerarlos sujetos de derecho, como así también la costumbre de asignarle un valor preferente a las normas de inferior jerarquía por encima de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos con rango constitucional.

Vamos a pasar al segundo cuadro, donde analizaremos el rango constitucional de trece instrumentos sobre derechos humanos, que deben ser aplicados en el momento que se analizan los casos judiciales, sometidos a jurisdicción de los tribunales federales y de provincias.

Insisto con que existe una práctica en donde puede observarse, que a pesar de lo preceptuado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, no se aplican las convenciones con rango constitucional, hasta tanto las leyes en el derecho interno no realizan las reformas y adaptaciones.

Por otro lado cuando se analiza la situación particular de niños, niñas y adolescentes se usa la "**Convención sobre los Derechos del Niño**" parcialmente, atendiendo la circunstancia particular de la edad con un criterio tutelar y no se les reconocen todos los derechos y garantías que éstos poseen por su condición de personas, por su calidad de sujetos de derecho, de ciudadanos.

2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Constitucional

El artículo 75 inciso 22, de nuestra Constitución Nacional, reformada en 1994, le ha dado **jerarquía constitucional** a:

- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;**
- **Declaración Universal de los Derechos Humanos;**
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos;**
- **Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales;**
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;**
- **Convención sobre la Prevención y Sanción sobre el Delito de Genocidio;**
- **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;**
- **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer;**
- **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes;**
- **Convención sobre los Derechos del Niño.**

Con posterioridad, adquieren jerarquía constitucional:

- **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas-1997.**
- **Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad-2003**

Puede afirmarse que desde el ámbito constitucional, existen pocos países en el mundo que tengan un sistema tan protector y garantista como Argentina, que expresamente menciona los tratados con jerarquía

y Adolescentes", en donde se cumplió con la adaptación de nuestro derecho interno a la "Convención sobre los Derechos del Niño", con rango constitucional a partir de la Reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22.

constitucional y habilita por un sistema ordinario agravado, para que en el futuro nuevos tratados puedan adquirir igual rango.

Ahora cabe preguntarnos, si el sistema jurídico ha positivizado ampliamente en normas estos tratados y les asignó jerarquía constitucional, por qué razón los abogados no plantean la inconstitucionalidad ante los tribunales de justicia, cuando la legislación interna mantiene restricciones que son violatorias del sistema constitucional. Paralelamente ¿por qué los jueces no resuelven las inconstitucionalidades? O ante la falta de adecuación a los tratados asumen el rol de control de la Constitución, cuya atribución tienen conferida en el artículo 116 de la Constitución Nacional. Debemos reconocer la falta de ejecutoriedad del Derecho y la falta de conciencia colectiva acerca de su importancia.

Hay dos cuestiones en este texto que deben tenerse presente al momento de aplicar los tratados, la primera es la relativa a la jerarquía de los mismos, otorgada *“en las condiciones de su vigencia”* lo cual está determinando el constituyente que es cómo efectivamente rige el tratado a nivel internacional. El texto fue cuestión de debate en la comisión *“Tratados Internacionales”*, dado que algunos constituyentes pretendían que tuviesen jerarquía constitucional las leyes que habían ratificado los tratados para asegurar que las reservas realizadas por Argentina tuviesen jerarquía constitucional, por ejemplo las de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la de la Convención sobre los Derechos del Niño y otro sector de la comisión no aceptaba ese planteo, por ello obtuvo mayoría el dictamen que debe aplicarse tal cual se encuentran vigentes en el orden internacional. Cuando la CSJN el 7/4/95 en *“Giroldi, Horacio y otro”* resuelve respetando esta postura en el fundamento número once establece *“...y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”*. La segunda palabra desde la dogmática constitucional que debe tenerse en cuenta para la aplicación de dichos tratados es que son *“complementarios”*, término que generó también una interesante discusión, donde algunos sectores pretendían darle el significado sinónimo a *“secundarios”*, estableciendo que en caso de oposición de la parte dogmática de *“Declaraciones, Derechos y Garantías”* de la Constitución de 1853 y alguno de éstos instrumentos, tenía mayor jerarquía la carta magna. La opinión mayoritaria dejó debidamente aclarado que la palabra *“complementarios”* indica como su acepción castellana establece que le dan *“completud”*, que *“completan”* el catálogo de derechos que tenía la Constitución de 1853 y su reforma de 1957, afirmando que si se realiza una interpretación armónica de la Constitución y los Tratados con jerarquía, no surgirán contradicciones, pero de surgir es más adecuado que se interprete de acuerdo a este modelo de sociedad, que mucho ha avanzado con relación a la primera carta política.

En el cuadro tercero abordaré la diferencia, que a mi entender existe sobre derechos humanos y derechos subjetivos, y luego de su análisis epistemológico, el papel del Estado, el objeto, la tutela, jurisdicción, se establecen las distinciones. Su consecuencia es que en presencia de una violación a derechos humanos surge la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional.

3. Diferencias

Derechos Subjetivos	y	Derechos Humanos
<p>3. 1. El Estado asume un rol abstencionista. Los Derechos Subjetivos son violados o desconocidos por particulares, grupos, que están en el circuito económico teniendo siempre una base contractual privada.</p>		<p>3.1.El Estado asume un rol intervencionista. El Estado, uniones de Estados, son los que violan los DH, por ello se reconoce la antijuridicidad objetiva ante la situación de desposesión, frente al derecho reconocido convencionalmente.</p>

A grandes rasgos podemos afirmar que los derechos subjetivos son aquellos que surgieron con el Estado Liberal de Derecho en 1789, con la función abstencionista estatal, que son positivizados en normas, constituciones, que consagran los derechos y libertades del ciudadano. Con relación a las **personas** que son actores de los derechos subjetivos, podemos afirmar que estos derechos son vulnerados por los **particulares** entre sí en diversas relaciones civiles, comerciales, laborales; o por grupos económicos, teniendo una base contractual privada.

En cambio, los derechos humanos tienen que ver con la etapa del intervencionismo estatal, surgen entre las dos guerras mundiales, se formalizan a partir de las declaraciones universales y regionales de derechos humanos en 1948. Los que violan los derechos humanos son los **Estados** o grupos de Estados, organismos internacionales, organizaciones internacionales -Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, Banco Mundial- por lo que se debe reconocer una antijuridicidad objetiva ante la situación de desposesión, frente al derecho que está reconocido convencionalmente y la falta de acceso a él, existe responsabilidad del Estado, porque éste se comprometió formalmente ante la comunidad internacional que debe cumplir con dichos instrumentos.

En consecuencia no es lo mismo violar una norma interna, aún la Constitución, que vulnerar una norma que se encuentra en un tratado, porque esta genera una mayor responsabilidad estatal. La razón de ser del Estado de Derecho debe ser el cumplimiento de la legalidad y la lucha contra la impunidad, por ello debe arbitrar todos los medios para el cumplimiento de los tratados que ratifica.

<p>3. 2. Todos los Estados del mundo realizan formulaciones generales en sus Constituciones y legislaciones internas de derechos y garantías individuales y sociales, comprometiéndose en su territorio y ante su sociedad.</p>	<p>3. 2. Los Estados ratifican los Tratados, Convenciones, Pactos, Declaraciones aceptando proteger estándares mínimos universales en su país y se comprometen ante la comunidad internacional, por lo cual generan responsabilidad internacional.</p>
--	---

En segundo lugar, la **formalidad** de estos derechos se distingue porque todos los Estados del mundo cuando realizan formulaciones generales en constituciones y leyes, se **comprometen ante su sociedad** y dentro de la jurisdicción de su territorio que las van a cumplir, para lo cual instrumentan derechos y garantías. Tienen previsto en su organización un sistema de división de poderes, por lo que es el Poder Judicial el competente para entender en las cuestiones jurídicas que se someten a sus decisivos. Pero, cuando esos mismos derechos se encuentran en el texto de un tratado que el Estado ha ratificado, estamos en la órbita de los derechos humanos y en consecuencia se están reconociendo **estándares mínimos universales** para aplicarlos en el país. De manera tal que, si no cumplen los preceptos convencionales se incurre en **responsabilidad internacional**, que es mucho más grave que violar una norma interna. La gravedad es palmaria porque cada uno de estos tratados que tienen rango constitucional, posee un órgano político o judicial que tendrá entre sus atribuciones controlar el cumplimiento de las normas convencionales, y ante el caso de incumplimiento tiene atribución para exigir que cese la violación, se repare o se modifiquen los actos estatales.² Los mecanismos para el control van desde la presentación

² La "Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio" determina que sus controversias serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de parte, artículo 9; La "Convención Americana sobre Derechos Humanos" establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con los compromisos de la CADH –artículo 33- que son la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos"-artículo 34/51- y la "Corte Interamericana de Derechos Humanos" –artículos 52/69; la "Convención sobre la Eliminación de todas las

de informes de los Estados para establecer el grado de cumplimiento a los pactos, los contra informes de las ONG, las denuncias que los particulares realizan a los incumplimientos, entre otras.

<p>3. 3. El objeto es la protección y defensa del derecho de propiedad, las cosas, objetos susceptibles de apreciación patrimonial, reconocidos por la ley y acuerdos privados.</p>	<p>3. 3. El objeto es la protección de necesidades humanas, reconocidas internacionalmente en Declaraciones, Pactos, Convenciones, ratificadas por el país en su legislación interna.</p>
--	--

En tercer lugar, el **objeto** de los derechos subjetivos es la protección y la defensa de los derechos de **propiedad**, de las cosas, de los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria que están reconocidos en acuerdos privados; legislados en normas especiales, códigos y aún en la Constitución, todos los derechos subjetivos tienen un correlato económico, ya sean el derecho de la propiedad inmueble, mueble – registrable o no registrable-, intelectual, entre otras. El surgimiento de los derechos subjetivos se realizó esencialmente alrededor del derecho de propiedad y libertad. Mientras que el objeto de la protección de los derechos humanos son **necesidades humanas** reconocidas internacionalmente en pactos, tratados, convenciones, declaraciones, que luego ratifica el país en su legislación interna. Las necesidades humanas se relacionan con el conjunto de derechos que los seres humanos tienen por su condición de tal, independientemente de si puede o no pagar y contratar. Así el derecho a una vivienda es un derecho humano fundamental independientemente de que ese sujeto pueda comprarla, arrendarla u obtenerla por los distintos medios en el mercado. Así advertimos de la diferencia de objeto.

<p>3. 4. La obligación Estatal es de medio, cumple sólo cuando las normas consagran los derechos y garantías. Las acciones positivas son tratadas legislativamente, luego de su consagración el Estado se desentiende.</p>	<p>3. 4. La obligación estatal es de resultado, cumple cuando adopta todas las medidas necesarias -administrativas, legislativas, judiciales, políticas y de cualquier índole- para asegurar el cumplimiento de las normas convencionales.</p>
---	---

En cuarto lugar, con relación a las **obligaciones**, frente a los derechos subjetivos nos encontramos con una **obligación de medio**. El Estado cumple con su responsabilidad cuando los derechos y garantías son consagrados en su legislación interna, por ejemplo al prescribir: *“todos los habitantes son iguales ante la ley”* -artículo 16 CN- podría afirmarse que su obligación está cubierta. Se debió realizar un proceso de evolución del Estado liberal de Derecho para reconocerse como necesario que el Estado además debe realizar acciones positivas

formas de Discriminación contra la Mujer” su monitoreo lo realiza el “Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –Artículos 17/22; el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” establece que su monitoreo estará a cargo del “Consejo económico y Social”-artículos 16/22; el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” es controlado por el “Comité de Derechos Humanos” – Artículos 28/43- y su “Protocolo Facultativo” que reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos; la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” encomienda al “Comité contra la Tortura” la tarea de control-artículos 17/24 y la “Convención sobre los Derechos del Niño” deja en manos del “Comité de los Derechos del Niño”- Artículos 43/45.

para lograr de hecho las igualaciones que por cuestiones sociales los ciudadanos no pueden alcanzar por sus propios medios. Luego del proceso de sanción legislativo, prácticamente se desentiende de los resultados de esos preceptos. Mientras que si esos mismos derechos se encuentran positivizados en convenciones, adquieren el rango de derechos humanos y la **obligación de resultado** del Estado. No sólo cumple cuando ratifica, sino que como resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso "*Girolodi, Horacio Antonio*" cuando se ratifica un tratado, el Estado tiene que adoptar todas las medidas: legislativas, judiciales, administrativas, políticas y de cualquier otra índole para que ese tratado sea efectivamente cumplido.

<p>3. 5. La legitimación procesal es individual, de Organizaciones Sociales con personería o reconocimiento, excepcionalmente a determinados funcionarios se les admite la legitimación de la sociedad.</p>	<p>3. 5. La legitimación procesal es de los individuos, grupos, pueblos, colectivos, ONG, donde se reclaman los derechos ante la jurisdicción interna y subsidiariamente ante la comunidad internacional.</p>
--	---

En quinto lugar, la **legitimación procesal** en los derechos subjetivos es **individual**. Uno tiene que demostrar que tiene un interés legítimo para poder actuar, tiene que demostrar personería, de manera tal que los particulares, organizaciones sociales con personería y, excepcionalmente el defensor del pueblo, como nuestro sistema admite a partir de 1994, pueden actuar procesalmente. En cambio, para los derechos humanos la **legitimación procesal** es **amplia** porque, además de individuos y de grupos se incluyen **pueblos, colectivos, ONGs**, que reclaman primero los derechos ante la jurisdicción interna y, una vez que se agota esta vía, subsidiariamente se puede seguir reclamando en la jurisdicción internacional.

<p>3. 6. Se pone en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener lo que le es debido según contrato, obligaciones incumplidas, ante la turbación arbitraria, frente a la desposesión ilegítima se solicita la reposición.</p>	<p>3. 6. Se pone en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener el acceso, el efectivo uso y goce de derechos convencionales, para lograr su vigencia efectiva, por ello se deben cumplir con las acciones positivas.</p>
--	---

En sexto lugar, los derechos subjetivos se ponen en movimiento cuando nos encontramos ante una **turbación arbitraria** o ilegítima frente a una situación de desposesión; mientras que en los derechos humanos se pone en movimiento el aparato jurisdiccional para lograr el **acceso**, la vigencia efectiva. O sea que aquí, además de derechos y garantías, lo que se le suma a los derechos humanos es la necesidad de acceder a los derechos que las convenciones determinan, o sea lograr la vigencia efectiva. Si esto no se logra, entonces, no se está cumpliendo con los términos convencionales.

<p>3. 7. Los derechos se traducen en categorías de formulaciones generales para todos, de acuerdo a la Constitución y las leyes, se cumple con el enunciado de derechos y garantías para todos.</p>	<p>3. 7. Los derechos humanos son estándares universales que están positivizados en Declaraciones, Pactos, Convenciones, Tratados, y se le exige al Estado cuando los ratifica, el acceso al derecho.</p>
---	--

En séptimo lugar los derechos subjetivos se traducen en categorías de formulaciones generales de acuerdo a la **Constitución y a las leyes** cumpliéndose con el enunciado de esos derechos y garantías; mientras que en los derechos humanos, una vez que están positivizados en los tratados, se les exige a los Estados —como es el caso argentino— un proceso federal complejo para su ratificación, con la intervención del Poder Legislativo y Ejecutivo. Una vez que ese proceso está cumplido y depositado el instrumento en el lugar pertinente, ya sea regional o internacional, cada uno de los ciudadanos tenemos el derecho de acceso al derecho. De manera que si un derecho se encuentra sólo en la norma interna estamos en presencia de un derecho subjetivo, mientras que si ese mismo derecho está además consagrado en el tratado internacional estamos en presencia de un derecho humano.

<p>3. 8. Cuando la Jurisdicción es nacional, se parte del principio de Soberanía e inmunidad territorial Estatal. El control del cumplimiento de los Derechos Subjetivos es una cuestión interna Estatal.</p>	<p>3. 8. Cuando la Jurisdicción es supranacional y universal se reconoce para todos y a todos. La inmunidad soberana cede ante los derechos humanos, se reconoce y acepta el control internacional para su efectivo cumplimiento.</p>
---	---

Finalmente, la **jurisdicción** en los derechos subjetivos es **nacional**. Se parte del derecho de la soberanía o inmunidad territorial del Estado; entonces, el control o incumplimiento es una cuestión interna reservada a cada uno de los Estados. En cambio, para el caso de los derechos humanos, la jurisdicción es **supranacional y universal**, se le reconoce a todos y para todos. La inmunidad soberana cede frente a los derechos humanos y se acepta el control internacional para el efectivo cumplimiento, que es lo que está sucediendo en nuestro sistema de tratados.

Nosotros hasta aquí hemos visto cuáles son las normas fundamentales que se han enumerado para la legislación del derecho internacional de los derechos humanos de niñas, niños y jóvenes en nuestro sistema. En nuestro país, los tratados aquí enumerados están incluidos en el artículo 75, inciso 22), de la Constitución Nacional.

Pasemos ahora al **cuarto cuadro** para analizar las normas específicas del derecho penal de niños, niñas y adolescentes, para tomar en cuenta las disposiciones constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos, con jerarquía superior a las leyes internas, según lo establecido en el artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional³. La estructura jurídica entonces está compuesta por las siguientes normas:

4. D.I.D.H. y derecho penal juvenil

4. 1. Normas con jerarquía normativa suprema que deben aplicarse al derecho penal juvenil

- Constitución Nacional;
- Convención sobre los Derechos del Niño;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- Declaración Universal de Derechos Humanos;
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

³ Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, Capítulo IV, Atribuciones del Congreso “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los **tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...**”. El inciso 24 establece “Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos”.

4. 2. Normas con jerarquía superior a las leyes internas que deben aplicarse al derecho penal juvenil

- Reglas de la N. U. para la Protección de los Menores Privados de Libertad;
- Reglas Mínimas de N. U. para la administración de la Justicia de Menores –Reglas de Beijing-;
- Reglas Mínimas de N. U. sobre las Medidas No Privativas de Libertad –Reglas de Tokio-;
- Directrices de N. U. para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad-;
- Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.

El “**Comité sobre los Derechos del Niño**” determinó que las reglas de Naciones Unidas para los menores privados de la libertad, las reglas de Beijing, las de Tokio, las directrices de Riad y las recomendaciones del Comité integran la interpretación de la Convención.

Dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño, en primer lugar, observamos cómo se refuerza la cuestión de las obligaciones del Estado parte. La Convención sobre los Derechos del Niño cita el término “Estado parte” ciento dieciocho veces. De manera tal que cuando un Estado suscribe esta Convención tiene que saber que debe cumplir estas directrices, de lo contrario le genera responsabilidad internacional.

En segundo lugar se define al niño, en su artículo 1 como “...*todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. Debemos tener en cuenta que la ley 23849 que ratifica dicha Convención, en su artículo 2do, segundo párrafo establece que “... *Con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*”. Si efectuamos la aplicación de máxima jerarquía referida, dicha reserva tiene menor validez por ser formalmente una norma interna que la Convención, por lo tanto niño es todo ser humano menor de 18 años.

En tercer lugar, se nombra unas ocho veces el interés superior del niño para cuando se toman medidas en instituciones. Y aquí digo la palabra instituciones, en sentido amplio, porque después vamos a hablar de ellas.

También se señala el derecho, respecto de las relaciones con los padres, a no ser separados, a mantener relaciones con ambos progenitores cuando están separados entre sí, para que ambos progenitores intervengan en su crianza y desarrollo.

En cuanto a los niños privados temporal o permanentemente de su medio familiar, ya sea por adopción, por ser privados de la libertad o por ser niños infractores de la ley penal, siempre se debe tomar en cuenta su superior interés.

Al ser privados de la libertad, nosotros tenemos que tener en cuenta la regla 11 b) de las Naciones Unidas que la define como “...*toda forma de detención o encarcelamiento así como la internación en un establecimiento público o privado donde no se le permita salir por su propia voluntad y que esté allí ya sea por orden judicial, administrativa o de otra autoridad pública*”. De manera tal que incluye la privación de libertad tradicional en institutos especiales, cárceles, como así también en instituciones cuando el objetivo es de “tutela” en lugar de corrección y sanción.

Las normas de Naciones Unidas citadas son protectoras de los niños en situaciones de privación de la libertad y el tratamiento que debe observarse.

De esta manera nos encontramos con derechos y garantías en los instrumentos internacionales que constituyen una obligación de hacer para el Estado y le acarrea responsabilidad internacional cuando no puede hacerlo. De los instrumentos internacionales, los principios de: igualdad, legalidad y no discriminación, como así también los derechos y garantías del derecho judicial eficaz, deben ser aplicados a los niños. Es una normativa integral para todos los ciudadanos que debemos respetar, además que los niños tienen que tener especificidades, porque son sujetos de derechos como cualquier ciudadano de nuestro país.

En el **quinto cuadro** traté de sintetizar los principios y lo que constituyen su contracara, lo que se encuentra prohibido hacia los niños, ellos son:

5. Derechos y Garantías de la Libertad

5. 1. Principios de:

- Igualdad, No discriminación, Legalidad

5. 2. Prohibición de:

- Tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Pena capital o prisión perpetua.
- Privación de libertad ilegal o arbitrariamente.

Los niños gozan del principio de igualdad y no discriminación como cualquier sujeto de derecho, y como lo establece el Preámbulo de la “Convención sobre los Derechos del Niño” que “...la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, como así también “Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado... en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”, como así también en su artículo 2. 1 consagra que los Estados aseguran los derechos a todos los niños sujetos a su jurisdicción “... *sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión. La opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”; en el artículo 2. 2 lo protege contra la discriminación por su condición de mayor vulnerabilidad, como así también por las actividades e ideologías de sus padres, tutores o familiares.

Por la condición de sujeto de derecho de todo/a niño/a debe aplicarse el principio de legalidad, no permitir que nuestros decisorios y conductas estén guiados por las costumbres y creencias de no adjudicarle racionalidad al niño, de no tomar en cuenta qué desea y piensa al momento de tomar las decisiones que los afectan a éstos/as.

En consecuencia existen prohibiciones acerca de medidas que no pueden tomarse con los niños y niñas, tales como aplicarles tortura, a no sufrir prisionizaciones perpetuas, ni prisiones ilegales o arbitrarias.

En el **cuadro seis** enumero los derechos y garantías de que gozan todos los niños y niñas en nuestro sistema jurídico.

6. Derechos y garantías:

- **Derecho judicial eficaz, juicio previo y debido proceso.**
- **Presunción de inocencia.**
- **Derecho a ser oído.**
- **Derecho a doble instancia.**
- **Derecho a detención determinada y por el menor tiempo posible.**
- **Pronta asistencia jurídica, social y educativa.**
- **Trato humanitario y digno según las necesidades de su edad.**
- **Estar separado de los adultos.**
- **A la comunicación y trato con su familia.**

Hay que advertir que estamos considerando las cuestiones de los niños/as sometidos a privación de la libertad por órdenes judiciales, cuando hay muchos más que están en esa condición por órdenes administrativas o de otra índole y que no pueden voluntariamente dejar de estarlo. El trabajo que se está haciendo desde la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, da cuenta de que hay aproximadamente veinte mil niños en esas condiciones, lo cual es un número elevadísimo.

¿Qué está prohibido en el sistema internacional al cual nuestro país debe obedecer? Se encuentra prohibida la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Nosotros sabemos que la prisión *sine die*

constituye una modalidad de tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. En esa condición se encuentran ocho personas que en el momento de la comisión del delito tenían entre 16 y 17 años, o sea en el momento de la imputación de los ilícitos eran menores, actualmente son mayores de 18 años.

Es necesario que a las penas capital como a la reclusión o prisión perpetua se les esté tratando de poner un tope, a modo de remedio y no como algo favorable o lo mejor que se pueda pensar para estas situaciones. Pero ¿qué se puede hacer desde el ámbito del Estado, si no es aplicar los tratados y adecuar nuestra legislación interna a ellos?

Hace pocos días, algo más de un mes, Videla se suicidó en la Cárcel de Mendoza por la angustia que le ocasionaba estar condenado a perpetua. A pesar de la contención que le daban, él no creyó más en el sistema y se terminó ahorcando. ¿Qué vamos a esperar, más niños que terminen de esta forma? Me parece que es irracional e inaceptable.

El tema de la privación de la libertad ilegal, en forma arbitraria o por cualquier medio hay que introducirlo como punto de agenda y debatirlo esencialmente entre los funcionarios que dirigen y los que trabajan con las condiciones de encierro en prisión. Bajo la idea de tutelar a los niños, tutelan a los pobres, a los excluidos, a los que no tienen familias bien constituidas y que no tienen la culpa de esa situación.

Si no cambiamos las condiciones económicas, sociales y educativas vamos a tener que necesitar más lugares para tutelar a los niños. ¿Qué nos está pasando a los argentinos para que no nos demos cuenta de que no puede continuar esta situación en un país democrático y del siglo XXI? ¿Cuáles son los derechos que tienen los niños como sujetos, lo cual quiere decir como sujetos de derechos más la especialidad de su condición de niños?

Contar con un derecho judicial eficaz como es el juicio previo con todas sus garantías, la presunción de inocencia como cualquier persona y el derecho a ser oído y a ser respetado. Eso significa que debe ser oído un niño cuando sus intereses están en juego. Debemos reforzar la idea que el superior interés del niño y niña, implica que cuando los adultos decidimos por ellos, debemos confiar en su racionalidad, que cuando los escuchamos en juicio y en el ámbito privado, no debemos hacerlo para cumplir con un formalismo y después no tomamos en cuenta lo que desean y se han manifestado cuando adoptamos las decisiones que le competen.

Respecto del derecho a la doble instancia, si en todo procedimiento de tipo penal se tiene el derecho, a la revisión o segunda instancia, también el niño y niña poseen ese mismo derecho, porque son decisorios que le incumben a su vida.

El derecho a detención determinada y durante el menor tiempo posible, constituye la última *ratio*, cuando no hay ninguna otra posibilidad con ese niño, solamente en esa circunstancia corresponde privación de libertad. Todas las medidas alternativas deben ser vistas, valoradas y evaluadas primeramente, antes de ordenar la prisión. Tiene derecho a una pronta asistencia jurídica, social, educativa, y psicológica de toda índole, a un trato humanitario y digno, según las necesidades de su edad. Los niños que están tutelados, los que están "prisionizados" son niños. Por lo tanto, tienen derecho al juego, al esparcimiento y a poder crecer como personas. Tienen derecho a estar separados de los adultos en las cárceles y a estar divididos en categorías según sus condiciones. Tienen derecho a la comunicación y al trato con su propia familia. Cada uno de estos derechos encuentra encuadre sin ningún problema en el superior interés del niño en el que tanto insiste la Convención referida.

Finalmente el cuadro séptimo intenta esbozar los desafíos que debemos enfrentar para cambiar y mejorar la situación de los niñas y niños en nuestro país.

7. Los desafíos

7. 1. La construcción de una DEMOCRACIA inclusiva y la ampliación de la ciudadanía.

7. 2. Desarrollar POLÍTICAS PÚBLICAS a favor de NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, entre ellos de los grupos en riesgo, partiendo de los estándares mínimos del D.I.D.H., adoptando las medidas legislativas, judiciales, administrativas, políticas y de cualquier otra índole y transformando:

- Situación de los jóvenes en conflicto con la ley penal.
- Grupos vulnerables: Pobreza, exclusión social, "paseros", tráfico ilícito, explotación sexual, trabajo infantil, entre otros.

7. 3. Desarrollar programas de EDUCACIÓN para la construcción de un mundo tolerante, democrático, inclusivo, profundizando el respeto por el ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO y LOS DERECHOS HUMANOS.

Para finalizar, ¿cuáles serían los desafíos? Creo que uno de los primeros debe ser la construcción de una democracia inclusiva y la ampliación de la ciudadanía. Estos niños son ciudadanos. Todas las personas desde el momento que nacen en este país ya son ciudadanos y, por lo tanto, tienen derechos políticos activos como es el ejercicio del voto a los 18 años, pero antes de cumplir los 18 años son ciudadanos y por lo tanto, el Estado les debe ofrecer toda la protección que por su situación de ciudadanos tienen, toda la inclusión que sea posible en un Estado democrático.

Nosotros sabemos que el ocio, la falta de trabajo, la falta de educación y de políticas incentivan el delito. No se puede seguir pensando que si se continúa aplicando "mano dura" con los niños, vamos a solucionar el delito. Hay que generar otro tipo de políticas para la inclusión de esos ciudadanos que tienen condiciones especiales, ya que son ciudadanos igual que todos.

El segundo desafío consiste en desarrollar políticas públicas a favor de niñas, niños y adolescentes, contemplando determinados tipos de riesgo que existen entre los niños y grupos vulnerables. Los grupos vulnerables son todos estos niños que son objeto de protección. Me refiero a los niños pobres, los niños excluidos, los "paseros", los que son víctimas del tráfico ilícito, de la explotación sexual o del trabajo infantil. Les puedo asegurar que nadie elige ser pobre en una sociedad. Son condiciones estructurales que le tocan a un sujeto vivir, pero que no las elige. Entonces, es también responsabilidad del Estado y de nosotros poder cambiar algunas de estas prácticas.

Por supuesto, que hay que poner en marcha políticas específicas en estricta aplicación de las normas y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y de nuestro sistema constitucional para aquellos jóvenes en conflicto con la ley penal. Debemos trabajar seriamente hacia una ley integral y con todas las medidas reparadoras. Para ello estamos en el lugar justo: el Honorable Senado de la Nación, que es una de las dos cámaras de nuestro sistema federal, que representa a todas las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que tiene la responsabilidad política de poder aprobar esta ley integral para el desarrollo y el beneficio de las niñas, niños y jóvenes.

Para finalizar, deseo expresar que la apuesta de todo Estado que se precie de querer estar incluido en el siglo XXI es la educación. Si nosotros no apostamos a la educación vamos a seguir teniendo graves problemas, necesitamos una educación que sea capaz de construir un mundo tolerante, democrático, inclusivo, respetando el sistema constitucional de derecho, los derechos humanos.

En mi niñez viví en un país donde el slogan era "*los únicos privilegiados son los niños*". Ya pasó mucho tiempo de ello. No pretendo que los niños de hoy sean privilegiados, porque esta palabra puede mal interpretarse, quiero hacer una fuerte apuesta respecto de que cada uno de nosotros pueda asumir el compromiso, desde todos los ámbitos, de que todos los niños y niñas sean sujetos de derecho. Es decir que tengan el mismo derecho que cualquier persona, respetando sus especificidades, que no haya seres humanos que tengan que ir a buscar justicia a otra parte y que los conflictos se resuelvan en la Argentina.

Es imprescindible modificar las leyes para tener buenas prácticas. Pero también es cierto que, mientras tanto, tenemos un sistema constitucional que hay que usar y en el que debemos empezar a plantear las inconstitucionalidades para que los jueces resuelvan según los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Esa es la función que deben cumplir: monitorear el Derecho y aplicar la Legalidad. Este es el compromiso que debemos asumir los profesionales del derecho desde este lugar.

¿SON POSIBLES MEJORES PRÁCTICAS EN LA JUSTICIA JUVENIL? *

1. Exponer frente a un auditorio y tener la posibilidad de que las propias ideas y argumentos sean escuchados, debatidos y mejorados, siempre me ha parecido un privilegio. Que esa exposición tenga lugar en el Congreso de la Nación Argentina es aún un honor mayor. Tal convicción está siempre acompañada de un fuerte sentimiento basado sobre la enorme responsabilidad que significa encontrarse en este lugar –hablando desde lo técnico en un espacio político por naturaleza –, responsabilidad incrementada cuando el tema sobre el que trata la presentación involucra la pregunta sobre qué es lo que se debe hacer desde el punto de vista institucional para que los niños vivan mejor.

2. Se impone seguidamente una advertencia preliminar. Algunos argumentos que presentaré a continuación quizás resulten algo diferentes de aquellos que habitualmente se esgrimen en las discusiones sobre justicia juvenil. No pretendo hacer una provocación, sino simplemente aportar algunos elementos para renovar la gastada reflexión sobre estos temas. Así, la presentación que sigue está estructurada sobre el señalamiento de algunos aspectos problemáticos de la justicia juvenil en la Argentina. Me propongo presentarlos de la manera más técnica posible con el ánimo de defender aquella posición que sostiene que sólidas consideraciones teóricas pueden y deben explicar y motivar acciones concretas; en otras palabras, para que buenas razones teóricas contribuyan a generar buenas prácticas.

3. El primer punto que quiero someter a vuestra consideración se relaciona con destacar la pertinencia y la relevancia de algunos espacios que están comenzando a generarse en nuestro medio para promover una reflexión sobre las prácticas legales concretas y no sólo sobre la teoría (la recurrente pregunta respecto de cómo tendrían que ser las leyes), tal como era frecuente hasta hace poco tiempo atrás. En este marco que da preferencia a la práctica, propondré una perspectiva diferente, superadora del debate reactivo que durante años ha confrontado a la ley con la realidad, ya sea para sobreestimar a la primera, o bien, a la segunda como única variable importante o relevante en el análisis en desmedro de la otra.

En tal sentido, entiendo que no es posible soslayar la experiencia de casi veinte años de reformas legales en América Latina dirigidas a incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño y otros estándares de derechos humanos al derecho interno de casi todos los países de la región, experiencia que puede aportar algún elemento adicional a esta cuestión.

Quizás la importancia exagerada que se ha adjudicado a la ley en las cuestiones relacionadas con la protección y defensa de los derechos humanos de niños y niñas se deba a que por mucho tiempo los juristas –no me refiero a aquellos dedicados al derecho de menores, rama cuyo desinterés por debates normativos e interés por discusiones propias de las ciencias sociales, médicas y psicológicas son por todos conocidos– se mantuvieron al margen de las reflexiones respecto de por un lado, cuáles eran los problemas legales que tenían las leyes especializadas en menores y, por el otro, de cuáles deberían ser las características de un mejor derecho para los menores de edad. Por ese motivo, frente a la crisis sistémica, tanto teórica cuanto empírica del modelo tutelar clásico, la pertinencia de una irrupción considerable de los juristas dedicados al Derecho “mayor” (penal, civil de familia, etc.) para señalar los déficits constitucionales del modelo vigente y para proponer las reformas requeridas conforme los compromisos internacionales asumidos por los países, se imponía como estrategia adecuada. De esa forma, la ausencia del derecho de menores en las reflexiones jurídicas mayores produjo como reacción el reclamo por una presencia sostenida, permanente, intensa, del derecho mayor respecto del derecho de menores. De ahí tal vez la creencia excesiva en que cambios legales pudieran producir automáticamente cambios concretos en la realidad sensible y la desconsideración de un análisis crítico dirigido a refundar, al igual que el viejo derecho de menores, la psicología, la psiquiatría, el trabajo social y otras disciplinas de intervención individual y social, sobre nuevas bases inspiradas en el derecho internacional de los derechos humanos.

*Mary Beloff, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En conclusión, desde una perspectiva constitucional, interesada en fortalecer el Estado democrático de Derecho, una ley adecuada, una ley correcta, una ley ajustada a los parámetros internacionales en materia de derechos humanos –hoy de rango constitucional en la Argentina– constituye un imperativo elemental de justicia. El reclamo por la mejor ley para la infancia es autoevidente y está autojustificado. Por eso es un fin en sí mismo, más allá de la instrumentalidad a la que pueda sometérselo en una discusión más general orientada a transformar culturas, prácticas, políticas e instituciones encargadas de proteger a los niños.

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

La experiencia latinoamericana demuestra que si lo que se procura es que los niños vivan mejor, la reforma legal no es sino una variable más de valor coyuntural en términos instrumentales, más allá de su valor absoluto en términos de justicia, punto señalado en el párrafo anterior.

Permítaseme comentar un ejemplo concreto al respecto. En relación con los estándares legales, con excepción de México, toda América Latina tiene nuevas leyes que contienen y desarrollan estándares básicos en materia de derechos humanos de la infancia. Sin embargo, la situación en términos de condiciones concretas de vida de los niños en el continente no es mejor hoy que en la década del 70, cuando imperaban leyes que se encontraban en discordancia con tales estándares. En tal sentido, organismos internacionales especializados han señalado que resulta llamativa la atención, la buena disposición, celeridad y compromiso de los gobiernos para cambiar las leyes tanto como la ausencia de todo ello para implementarlas. Me preocupa pensar que se haya consumido toda la energía política (del Estado, de los movimientos sociales, etc.) en el debate legislativo para cambiar leyes obsoletas por leyes mejores y que no haya quedado resto político, pero tampoco teórico-conceptual para el día después.

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

El Derecho (mayor) ha incorporado en su reflexión general aquella referida a la condición jurídica de la infancia. En líneas generales, y salvo algunas cuestiones muy particulares, ya no se plantean mayores dudas teóricas o conceptuales; tampoco existen dificultades técnicas respecto de cuáles son los lineamientos generales, los principios rectores de un derecho adecuado para tratar con los niños en general tanto en el derecho de familia cuanto en el derecho penal. La jurisprudencia y la reforma legislativa han logrado avances notables al respecto.

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

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

6. Quisiera mencionar un último elemento de la relación entre las disciplinas relacionadas con la intervención psicosocial y el derecho. Una ley mejor (es difícil predicar que una ley penal es “buena”) en términos de los estándares más modernos de derechos humanos no sólo constituye un imperativo elemental de justicia, sino que cumple una función pedagógica positiva tanto en el psiquismo cuanto en los procesos de socialización secundarios¹. Es razonable entonces pensar que una mejor ley en los términos antes descritos puede contribuir con el adolescente en la construcción de vínculos no conflictivos con su comunidad, a diferencia de lo que ocurría con el modelo tutelar clásico donde el mensaje que recibían los menores de edad de parte de las instituciones diseñadas para protegerlos era completamente “esquizofrenizante” (merecía conforme la ley trato similar quien cometía un delito que quien era víctima de uno, quien era adicto que quien era delincuente, etc.).

Una ley de justicia juvenil o penal juvenil es una ley represiva, es una ley penal; no es una ley tutelar para proteger a los adolescentes. Si ello no está claro a la hora de legislar y a la hora de aplicar tal ley, y se le sigue pidiendo al sistema penal –por más especial que sea– que supla las deficiencias de los sistemas de protección de niños y adolescentes, los problemas se repetirán hasta el infinito. Por ello es importante tener en claro cuál es la función de la ley (penal, en este caso), para qué es precisa, cuáles son sus límites y potencialidades. Indudablemente, esta ley podrá indirectamente coadyuvar a la tarea de protección de derechos económicos, sociales y culturales de los adolescentes infractores, pero ello no la justifica ni le da sentido.

7. Específicamente en aquello que se relaciona con un aspecto fundamental de la justicia juvenil, el difuso terreno previo a la respuesta penal que se conoce en nuestro medio como “justicia restaurativa” –resultado de una traducción literal del inglés–, es ineludible citar a un autor en particular que ha sido, por lo menos para los penalistas, uno de los profesores que desarrolló las ideas subsumidas bajo el nombre de “aboliciónismo penal”. Me refiero al profesor noruego Nils Christie. Este autor realizó un recorrido como “abolicionista” que comenzó en su absoluta y profunda desconfianza del derecho penal en su libro de mediados de la década del 80, “Los límites del dolor”², donde afirmaba que no había nada bueno que pudiera encontrarse en el derecho penal; y que llegó hasta la actualidad, casi hacia el final de su vida, donde en el libro “Una sensata cantidad de delito”,³ sostiene que no es razonable ni posible eliminar o suprimir el delito de la sociedad. Allí se pregunta cuánto delito precisa una sociedad, y por tanto, cuánta cantidad de delito es la adecuada⁴. La pregunta respecto de cuánto crimen y cuánto derecho penal es “adecuado” puede servir de guía para el debate propuesto para este panel, ya que la propuesta abolicionista original no parece ofrecer mejores guías. La historia del derecho penal enseña que las propuestas por “abolir” el delito, el delincuente y la pena tuvieron consecuencias más dramáticas en su puesta en acto que las intrínsecas a toda intervención penal clásica.

Paradójicamente quienes quisieron “abolir” al delincuente, al delito y a la pena, y reemplazarlos con síntomas, enfermos y tratamientos –y casi lo logran– fueron los positivistas –inspiradores del modelo tutelar. Fue necesario un holocausto para que el derecho penal recuperara sus fuentes, límites y principios rectores a partir de la recuperación del delito, del criminal y de la pena.

¹ El modelo italiano de justicia juvenil es un buen ejemplo de lo aquí sostenido. Cfr. Palomba, Gaetano, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milán, Giuffrè, 1991; en español, *Sistema del nuevo proceso penal del menor*, Buenos Aires, Eudeba, 2004; una lectura crítica ineludible al modelo legal previo, De Leo, Gaetano, *La giustizia dei minori*, Turín, Giulio Einaudi, 1981; en español, *La justicia de menores*, Barcelona, Teide, 1985.

² Christie, Nils, *Limits to pain*, Oxford, Martin Robertson, 1981; en español, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

³ Christie, Nils, *A suitable amount of crime*, Londres, Routledge, 2004; en español, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

⁴ *Suitable* en inglés en el original. Se tradujo en la edición en español como “sensata”.

Planteado en términos relativos y con el alcance que acabo de dejar planteado, es posible entonces considerar que algo de “positivo” puede encontrarse en que la sociedad tenga delitos y criminales, sin caer en un funcionalismo exacerbado, como el de Durkheim o Merton. Se trata de una paradoja muy difícil de resolver, pero es preciso tener conciencia de ella, porque de lo contrario se opera en la realidad a tientas o asumiendo inconscientemente el ideario positivista tutelar aunque en lo explícito lo critiquemos. Desde este punto de vista entonces el derecho penal cumpliría una función positiva: aquella de su valor pedagógico.

8. Propongo ahora un ejercicio formal para detectar algunas respuestas no penales que abundan, que presentan características diversas y que están distribuidas de forma dispar en los Derechos nacionales y en el Derecho internacional.

Al respecto, es importante tener presente un criterio realista sobre el Derecho internacional de los derechos humanos. La Convención sobre los Derechos del Niño, que lo integra, es un texto que abunda en vaguedades, lagunas y contradicciones, y que requiere una hermenéutica particular para darle sentido y efectividad. Sus redactores no han facilitado la tarea. El Derecho internacional de los derechos humanos es muy complejo y las normas internacionales sobre infancia –como es evidente en normas acordadas por todas las naciones del mundo– no resuelven problemas mayores.

La tarea entonces de interpretar el derecho internacional de los derechos humanos (tanto por tribunales internacionales, regionales o locales cuanto por la doctrina) es, en este sentido, fundamental para facilitar el trabajo de los operadores, para coadyuvar en la generación de buenas o mejores prácticas. Como se advierte, la pregunta es cómo construir desde ese amplio Derecho, mejor o peor, lineamientos, guías, circuitos que modelen las “buenas prácticas”.

Un ejemplo es elocuente. En la Argentina –como es sabido, un país con una legislación federal atrasada–, muchas provincias dictaron leyes de protección a la niñez, que es una competencia local⁵, conforme los más modernos estándares internacionales de derechos humanos. No obstante, en muchas provincias, sobre todo en lo organizacional, se mantuvieron diseños e instituciones propias y características de la legislación anterior. Así, la “adecuada” ley de la provincia de Neuquén observa la figura del asesor tutelar de menores, conforme lo previsto por el artículo 59 del Código Civil. Sin embargo, en lugar de continuar con el rol tradicional que los asesores de menores han tenido en los procesos de la justicia especializada –con notables excepciones, ciertamente –, las defensoras que ocupan los cargos desde la aprobación de la ley han desarrollado una práctica extraordinaria en términos de promoción y defensa de los derechos de niños y niñas neuquinos. Ello parece estar indicando que, aun con una legalidad defectuosa, compleja o que no facilita las cosas, es posible generar mejores prácticas.

Otro ejemplo en el mismo sentido lo constituye la sostenida y relevante modificación de la jurisprudencia de la justicia de menores en el ámbito nacional en los últimos siete años, gracias al trabajo silencioso y paciente de muchos abogados defensores y a otros factores estructurales como la renovación académica y generacional de la justicia penal federal y nacional.

Con estas afirmaciones no estoy sosteniendo que no sea necesario reformar las leyes. Todo lo contrario. Pretendo simplemente advertir que si lo que se procura lograr es aquello que sea más beneficioso para los niños en particular y para la sociedad en general, no se debe soslayar la dimensión de las prácticas (la aplicación misma de las leyes), tema por demás crucial aquí y también a la hora de la reforma legal. Por otro lado –y mientras se aprueban mejores leyes–, indica que buenas prácticas pueden generarse aún con leyes inadecuadas.

9. No advierto el sentido en este contexto de ponerme a relatar todas las especies, formas y teorías que existen respecto de la mediación penal juvenil y de la justicia restaurativa en relación con menores

⁵ Cfr. Beloff, Mary, Constitución y derechos del niño en AA.VV., Estudios sobre justicia penal. Libro de Homenaje a Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

infractores de la ley penal. La producción intelectual sobre el tema es, si bien escasa en castellano, frondosa en el mundo anglosajón y accesible en gran medida a través de Internet.

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

El primer punto que me parece importante para la reflexión se vincula con la expresión, en nuestro contexto jurídico cultural, “justicia restaurativa”. Los procedimientos, prácticas e instituciones subsumidos bajo tal denominación traducida literalmente del inglés (*restorative justice*) no coinciden en general, en nuestro medio, ni con las nociones más generalizadas de justicia ni tampoco con aquellas vinculadas con las diferentes ideas de reparación.

Tony Marshall, un criminólogo inglés, define a la justicia restaurativa como un proceso en el cual todas las partes que tienen alguna clase de interés en un conflicto subsumible en un tipo penal que haya tenido lugar en una comunidad, se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de ese crimen y con sus efectos e implicancias para el futuro⁶. Como se advierte sin dificultades, no se trata de una definición jurídica, sino de una definición muy laxa que permite que sea aplicada a un amplio espectro de situaciones que en muchos casos se encuentran muy distantes de nuestras ideas compartidas acerca de lo que es la justicia.

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

En tal sentido y para concluir, el problema es de suma relevancia si se piensa en incluir esas formas no penales en la justicia juvenil, ya que se espera de ella que cumpla una función clave en que el adolescente infractor se relacione de una manera no conflictiva con su comunidad en el futuro, comprenda el valor de las personas y de las cosas, y respete los derechos de todos. En palabras del comienzo del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “A ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Una solución que sólo se base en razones de “conveniencia” puede contradecir este objetivo, directriz en las normas internacionales de derechos humanos de la infancia en materia de justicia y clave para toda intervención psicosocial en términos modernos.

Con respecto a la otra parte del binomio, lo “restaurativo” –un significativo muy poderoso– es importante pensar respecto de todos sus alcances: qué significa restaurar, en qué contexto y con qué alcances.

Debería entenderse que la justicia restaurativa –pese a su denominación– no implica necesariamente una solución “blanda”⁷. En la justicia penal tradicional, que utiliza las reglas de procedimiento habituales,

⁶ Marshall, Tony, “Criminal mediation in Great Britain 1980-1996”, en *European Journal on Criminal Policy and research*, págs. 21-43 citado en Morris, Allison y Gabrielle Maswell (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Oregon, Hart, 2001, cap. 1, pág. 5.

⁷ “En el entusiasmo por la mediación es importante no olvidar que los rituales y arreglos en los tribunales penales pueden tener funciones protectoras importantes. Cuando las tensiones se desatan, incluso hasta la violencia inmediata amenaza, los solemnes y a veces también completamente tediosos y aburridos rituales en el aparato penal pueden tener un efecto calmante. (...) El sistema de mediación puede ser fácilmente pervertido en tribunales juveniles disfrazados (...) Lo que se desarrolla en estos tribunales (...) es la represión de los niños.” Cfr. Christie, Nils, op. cit., págs. 121/2.

la confrontación entre las partes es indirecta, impersonal y está filtrada a través de rituales procesales. Por lo contrario, en los procesos restaurativos el contacto es personal, directo y, a menudo, muy emocional. No puede afirmarse seriamente que sea una solución ligera o “blanda” para los ofensores confrontarse directamente con el sufrimiento y el daño que ellos causaron y con la desaprobación de su comunidad y, en muchos casos, hasta de su propia familia. Más allá de las discusiones relacionadas con la distinción entre mecanismos formales y no formales de control social, lo cierto es que estos mecanismos alternativos e “informales” pueden ser muy duros y severos (el conocido ejemplo del joven al que se le exige llevar en la escuela un cartel con una leyenda referida a su infracción es un buen ejemplo de lo que acabo de señalar).

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

Lo que se entiende por “justicia restaurativa” es muy diverso en las normas internacionales (véanse como ejemplos el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸ y las directrices 6^o y 57 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil⁹) y también en todas las normas de justicia juvenil de la región latinoamericana. Esto no debería sorprender después de lo expuesto más arriba. Si la definición teórica no es clara y es ajena al ámbito legal, raro sería que las normas específicas logran resolver lo que no está resuelto en otros órdenes.

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

11. Una primera línea de soluciones se enmarca dentro de lo que en inglés se denomina *diversion*. En caso de que ocurra un hecho subsumible en principio en un tipo penal, esto es, ocurra un hecho considerado un “crimen” por una comunidad, es posible derivar el asunto, idealmente sin ninguna clase de contacto previo con el ámbito penal, siquiera policial (aunque es casi imposible de implementar con tal alcance en la práctica), a una instancia comunitaria de solución de esta clase de conflictos. Esta alternativa requiere mecanismos comunitarios muy afianzados y probablemente sólo sea susceptible de ser llevada a cabo en comunidades pequeñas, ya que la dinámica de las relaciones sociales y la vida en grandes centros urbanos no facilitan la utilización de esta opción. Se presenta como una alternativa complicada frente a la respuesta penal, pero aún así puede resultar posible experimentarla y desarrollarla en los contextos adecuados.

⁸ Artículo 40.3: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales...”

⁹ Directriz 6^o: “Deben crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han establecido todavía organismos oficiales. Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social”.

Directriz 57: “Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisaría además la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de libertad. El mediador u otro órgano publicaría periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño...”

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

12. Un aspecto importante que no quiero dejar de mencionar y que nos lleva otra vez a la relación entre la ley y la realidad es que un problema soslayado en las reformas legales latinoamericanas fue el de las transformaciones institucionales. Tal vez parte de las dificultades en la implementación de las nuevas leyes se explique, entre otros factores, por la ausencia de empeño dirigido a transformar los arreglos institucionales en los que se debía poner en acto la nueva legalidad de intensidad equivalente al depositado en la reforma de las leyes. Puede existir una ley adecuada sin arreglos institucionales adecuados, una ley inadecuada con arreglos institucionales igualmente inadecuados, o bien, lo que es harto improbable pero existen casos, leyes inadecuadas con arreglos institucionales adecuados. En este sentido, el modelo neozelandés es adecuado tanto en sus dispositivos normativos cuanto institucionales *vis à vis* los fines propuestos y, por tal motivo, sea probablemente el modelo más eficiente, en términos de reducción de la violencia, del derecho comparado.

13. En la Argentina el sistema legal no prevé soluciones al estilo de la *diversion* descrita más arriba (más allá de las formas informales de solución de conflictos que encajan dentro de la “cifra negra”).

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

Respecto de los primeros, y nuevamente en razón del modelo federal argentino, el Derecho público provincial contiene en muchas jurisdicciones –Chubut o Neuquén son buenos ejemplos– dispositivos procesales que incluyen mecanismos asimilables o cercanos a lo que se entiende por “justicia restaurativa”. Al igual que lo ocurrido con las leyes de protección a niños (competencia local), en muchas jurisdicciones los procedimientos dirigidos a tratar con menores infractores de la ley penal están incorporando estas formas nuevas y más eficaces de administrar estos conflictos en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos de la infancia y la adolescencia. Esto ha ocurrido con independencia de que, a nivel nacional, la ley sustantiva (22.278 y 22.803) siga sin modificarse.

Por otro lado, desde el punto de vista sustantivo, formas de “justicia restaurativa” se han introducido en muchas legislaciones –no en la Argentina aún– como consecuencia de la crítica que el movimiento abolicionista ha realizado a las instituciones penales. La idea de que el Derecho Penal moderno tiene una tercera vía reparatoria que se agrega a las clásicas vías retributiva y de tratamiento fue una solución estratégica del Derecho Penal en un momento de crisis de legitimación cuasi-terminal.

En términos sencillos, las soluciones reparatorias están incluidas en todas las nuevas leyes de justicia juvenil latinoamericanas en la sección que regula las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal por parte del adolescente una vez celebrado el juicio de responsabilidad. En algunos países son denominadas “sanciones reparatorias”, en otros “medidas” o “penas”. El propio nombre de aquella indica que ha existido un juicio previo y una atribución de responsabilidad y que como consecuencia de ella se debe reparar el daño. Estas sanciones o medidas (derecho sustantivo o de fondo) son diferentes de las soluciones procesales de consecuencia reparatoria, y son las más utilizadas y eficaces. Aunque a los penalistas dogmáticos no les agrada aceptarlo, siempre es el derecho procesal penal –y no la dogmática sustantiva– el que juega el principal papel en el drama del delito y de la pena, también con los adolescentes.

14. La introducción de una vía reparatoria (con los alcances que pretenden darle los promotores de la justicia restaurativa) dentro del Derecho Penal –especial juvenil, en este caso– implica una discusión en

torno de cuáles son los alcances materiales de una solución que realmente resuelva el conflicto de manera que se restablezca la paz social y no queden heridas abiertas. Lograr este resultado es enormemente complejo y mucho más aún cuando se lo procura mediante la pena, que no tiene en principio ese fin. En general los debates se concentran en los aspectos materiales (¿qué edad? ¿qué penas o medidas?), y no en los aspectos procesales, que son los que en definitiva inciden realmente en la vida del adolescente.

En rigor, lo que parece ser más exitoso –por lo menos en el derecho comparado no latinoamericano–, en términos de lograr que el adolescente no se meta en problemas y se comunique de manera no conflictiva con su comunidad en el futuro, es el mecanismo procesal, no el sustantivo. Estos mecanismos comenzaron a implementarse en la región luego de la aprobación del Estatuto del Niño y el Adolescente en Brasil (1989) y por la incidencia de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing). En el lenguaje de estas normas, se llamó *remisión* a lo que técnica y conceptualmente no es más que una forma de lo que los procesalistas llaman “principio de oportunidad procesal”: la decisión en cabeza del Ministerio Público Fiscal de decidir qué casos se llevan a la justicia penal y qué casos no. Existen muchas razones por las que los fiscales –no los jueces, como se regula en muchas legislaciones de menores infractores en América Latina– pueden y deben administrar racionalmente los casos en los que se pondrá la energía y recursos persecutorios estatales. Esa discrecionalidad debe desarrollarse dentro de regulaciones marco ya que, a diferencia del modelo adversarial anglosajón, nuestro modelo procesal está construido sobre la base del principio opuesto que es el de persecución penal pública o de oficio de todos los delitos de los que tome conocimiento el Estado (principio de legalidad procesal) y el fiscal no es el dueño absoluto de la acción penal.

15. ¿Cuál tiene que ser el contenido de la reparación (sea introducida por la vía procesal, sea introducida como pena)? Esta pregunta es muy importante ya que si el contenido de la salida reparatoria sin juicio (por aplicación del principio de oportunidad, por ejemplo) es similar a la que acontecería luego de un juicio donde se debata y pruebe la responsabilidad del adolescente en los hechos, el modelo tiene un problema, por lo menos en términos pedagógicos, que es una finalidad propia de todo proceso penal juvenil (como los maestros italianos enseñan). El modelo tendría así una seria dificultad en términos de su justificación. En consecuencia, las sanciones reparatorias no pueden tener el mismo contenido que aquellas medidas reparatorias ordenadas antes del juicio de responsabilidad. Las dificultades prácticas son evidentes, pero es preciso tener claras las diferencias teóricas para introducir reformas.

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

17. Por último, se pueden instrumentar soluciones reparatorias o conciliaciones durante todo el proceso, como formas alternativas de terminar el juicio. El régimen procesal penal especial debería permitir que en cualquier momento se llegue a una solución reparatoria, restaurativa y conciliadora. En estos casos, debería evitarse el recurso a argumentos como los que están siendo utilizados en Chile, por ejemplo, en el debate previo a la aprobación de la ley de justicia penal juvenil, argumentos de tipo eficientista o de costos de inversión que impiden estas soluciones una vez avanzado el proceso por la inversión que ya habría realizado el Estado, además de favorecer la indiferenciación entre la justicia penal de adultos y la especial de menores de edad, o bien, el uso, en esta jurisdicción especializada, de la justicia rápida o abreviada. Si bien es complicado de instrumentar –particularmente en la Argentina por razones constitucionales– en el contexto de la justicia especial para adolescentes infractores no deberían ser válidas razones del tenor de: “si el Estado ya invirtió recursos en llevar a este adolescente a juicio, ¿cómo puede aceptarse una mediación con la víctima el día antes o el mismo día de la audiencia de debate?”

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

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

La primera se refiere a la gravedad de los hechos imputados al adolescente, lo que nos conduce a aquello con lo que comencé la presentación: cuánto delito, cuánto derecho penal es adecuado; para qué hechos delictivos imputados a menores es preciso mantener un imaginario cuyas claves sean víctimas y castigos, y para cuáles no; cómo en este contexto “meta-penal” operan las garantías procesales¹⁰.

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

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

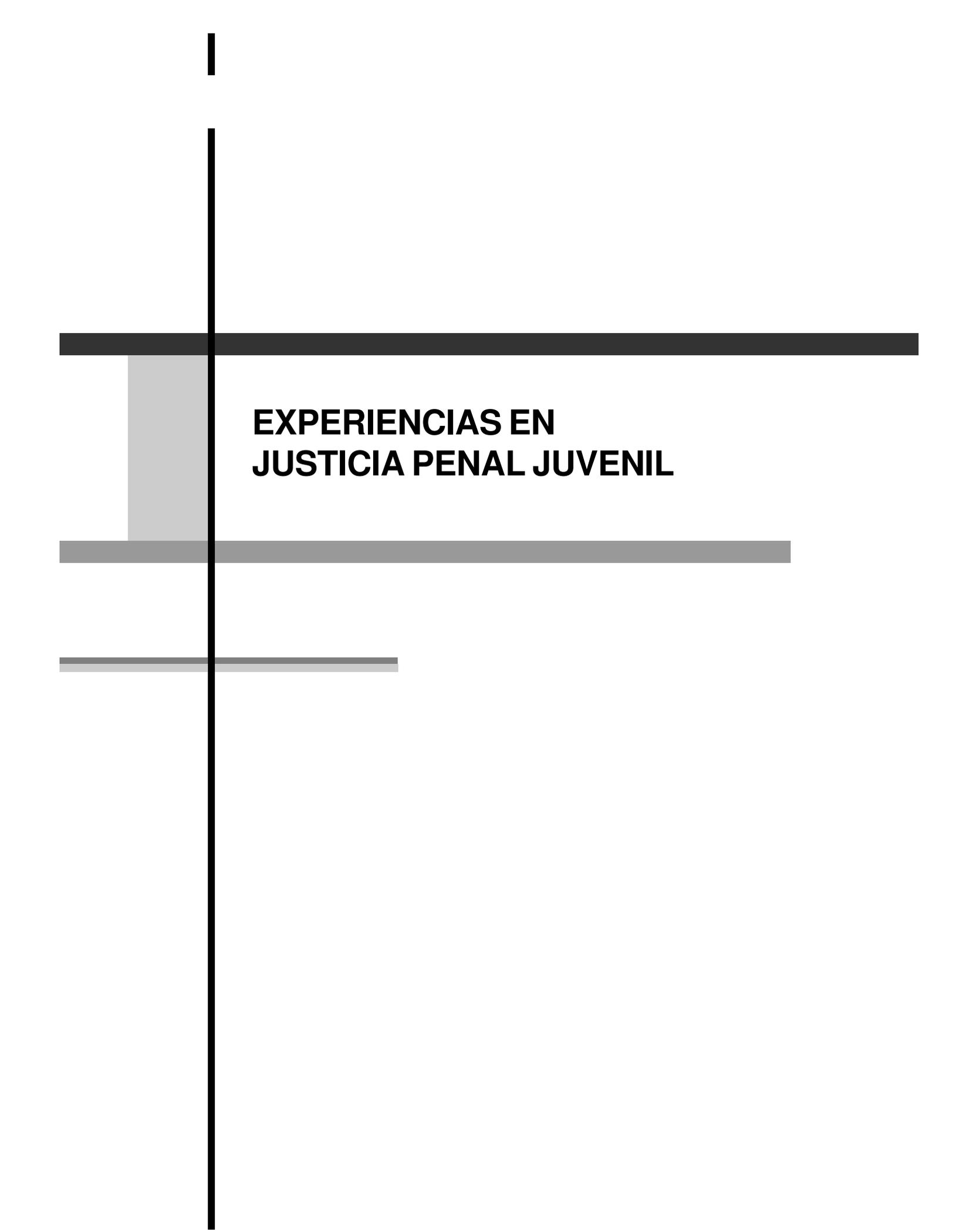
La cuarta y última cuestión se refiere al programa pedagógico a implementar con el adolescente infractor como consecuencia de un acuerdo reparatorio, y a sus alcances y límites, según cada una de las variantes legales. Este es un programa que no está escrito ni desarrollado aún en ningún país de la región,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

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

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

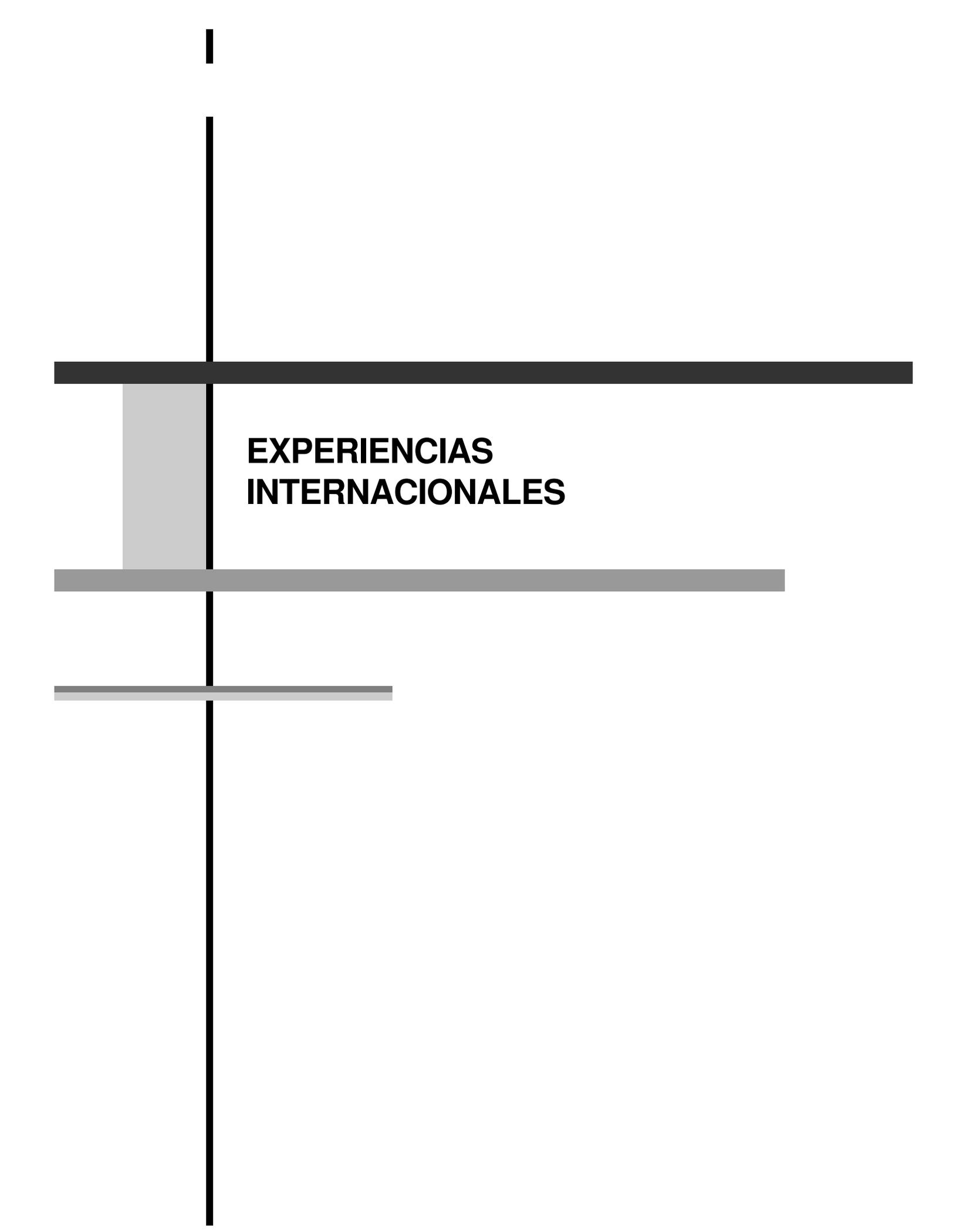
A lo mejor alguna vez pueda llegarse a una instancia en la que ninguna cantidad de Derecho Penal sea adecuada, pero sostener esto hoy en América Latina, en las condiciones actuales, me parece una irresponsabilidad política y una falacia teórica.

¹⁰ En el Reino Unido son muy utilizadas estas formas composicionales sin mayor control en términos de respeto a garantías fundamentales, el ejemplo del muchacho que va a la escuela todas las mañanas con una remera que dice: “Yo soy el que hizo (...) [tal cosa grave]”, es nuevamente gráfico.

The image features a minimalist abstract design. A vertical black line runs down the left side of the page. To its right, there are three horizontal bars of varying lengths and shades of gray. The top bar is dark gray and spans most of the width. Below it is a medium gray bar, and at the bottom is a thin light gray bar. The text is positioned to the right of the vertical line, between the top and middle bars.

**EXPERIENCIAS EN
JUSTICIA PENAL JUVENIL**



The image features a minimalist design with a vertical black line on the left side. A thick black horizontal bar crosses the line near the top. Below it, a gray vertical bar is positioned to the left of the text. A medium gray horizontal bar crosses the vertical line below the text. At the bottom, a thin gray horizontal bar crosses the vertical line. The text 'EXPERIENCIAS INTERNACIONALES' is centered in the white space between the top bar and the middle gray bar.

**EXPERIENCIAS
INTERNACIONALES**

LA REFORMA JUDICIAL DE BRASIL*

La Secretaría de Reforma Judicial fue elegida como una de las prioridades del gobierno del Presidente Lula, y creada en mayo de 2003 para hacer la articulación de políticas volcadas al cambio del sistema judicial.

La estrategia de actuación de la Secretaría está centrada en tres conjuntos de acciones. La primera iniciativa es la reforma constitucional, y logramos aprobar en diciembre pasado la enmienda constitucional 45, que introduce innovaciones en relación a la macro estructura del Poder Judicial. Creamos en Brasil, ahora, el Consejo Nacional de Justicia, conferimos autonomía a las defensas públicas provinciales, instituímos la federalización de los crímenes contra los derechos humanos, entre una serie de otras medidas que ahora están en nuestra Constitución federal.

El segundo conjunto de acciones se dirige a la reforma procesal, a la reforma legislativa. Entonces, logramos enviar al Congreso Nacional 23 proyectos de ley que cambian el Código de Proceso Penal, Civil y Laboral, en un intento de hacer el proceso más efectivo y más rápido.

El tercer conjunto de acciones —y ahí creo que se da la gran dificultad—son las acciones sobre la modernización de gestión del Poder Judicial. Creo que eso es un gran problema porque incluye otros elementos, como una expresión cultural de los operadores del derecho. Y creo que nuestro papel es difícil porque hay una resistencia muy grande para que el Ejecutivo haga sugerencias y proposiciones acerca del sistema de justicia. Pero hace dos años que estamos haciendo un proyecto que es una tentativa de mapear y después difundir buenas prácticas en justicia.

Sin embargo, hicimos algunos trabajos de investigación y diagnósticos. Logramos descubrir, en un trabajo sobre acceso a la justicia por medio de alternativas de reducción de conflictos, que la cuestión de la resolución alternativa en el ámbito penal de niñez y adolescencia no había casi nada en Brasil. Entonces, nos pareció estratégico hacer algo en ese ámbito.

De allí nació el recién empezado programa Promoviendo Prácticas Restaurativas de un Sistema de Justicia Brasileño. En estos programas tenemos algunos colaboradores como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Brasil (PNUD), el ILANUD en Brasil, las cortes de justicia de tres provincias: Distrito Federal, San Pablo y Río Grande do Sul, juntamente con las escuelas, la Magistratura, el Ministerio Público, la Defensa Pública y tan importante en cuanto a todos los otros co-responsables, los programas de asistencia social. Más adelante voy a hablar un poco sobre eso.

Los objetivos del proyecto son los siguientes: profundizar el análisis, la diseminación, la difusión y la evaluación de ese modelo restaurativo en los sistemas de justicia brasileño. Para eso trabajamos en dos ejes: un eje teórico y otro práctico. En el eje teórico logramos realizar en junio pasado un seminario internacional en Brasilia, que contó con la presencia de especialistas de Nueva Zelanda y Canadá, donde discutimos y hablamos sobre el establecimiento de estándares.

Es verdad que las experiencias internacionales sobre justicia restaurativa, en gran parte de los casos, están en países que tienen una cultura jurídica diferenciada. Entonces, tenemos que ver con mucho cuidado cómo hacer esa adaptación para nuestra realidad.

En esos seminarios logramos aprobar —en el plenario final— la Carta de Brasilia, que es fruto de dos encuentros: el Primer Simposio sobre Justicia Restaurativa en Brasil y el Seminario Internacional, que hacen un conjunto de estándares sobre la aplicación del modelo restaurativo para el sistema brasileño. Creo que eso es muy importante, porque cuando hablamos de justicia restaurativa no estamos hablando de un concepto listo, acabado; en verdad, tenemos que preguntar qué justicia restaurativa queremos. No es una palabra mágica que va a conferir efectividad en la resolución de todos los conflictos.

* Renato Campos do Vitto, Procurador del Estado de San Pablo, Asesor de la Secretaría de Reforma Judicial del Ministerio de Justicia, República Federativa de Brasil.

Por eso, si bien es importante la discusión sobre los procedimientos y las características, tan importante como eso es la discusión sobre los valores intrínsecos del modelo restaurativo.

En ese eje teórico estamos promoviendo intercambio de experiencias entre los proyectos piloto brasileños, y en esos seminarios formamos equipos de asistentes sociales, psicólogos, también para ser plenamente específicos, en estos equipos que están trabajando en los proyectos pilotos.

En Brasil no había nada en portugués sobre justicia restaurativa. Logramos publicar un libro que contiene artículos de diversos autores internacionales, hicimos la traducción y estamos pensando e intentando junto con el PNUD hacer la traducción de esta publicación para el castellano también. Felizmente está agotado el libro, estamos trabajando en la revisión para una segunda edición.

En ese eje teórico vamos a publicar un manual de apoyo a los jueces, a los profesionales y a los técnicos que quieran hacer una experiencia concreta de justicia restaurativa, compilando todos los datos, todo lo aprendido en esos tres proyectos pilotos.

En este eje práctico, nosotros tenemos tres experiencias concretas de aplicación del modelo restaurativo. La primera es en el núcleo ponderante que está en Brasilia y funciona en la justicia criminal para adultos; y los otros dos pilotos están en el ámbito de la niñez y adolescencia.

El primero de ellos está en San Pablo, en la ciudad de San Caetano do Sul. Es un proyecto que tiene la característica de unir la actuación represiva y las escuelas de la red pública. Nuestros esfuerzos se orientan a capacitar a los agentes educadores para que los conflictos que son típicamente disciplinarios no lleguen al Juzgado de Niñez como conflictos que reclaman una intervención estatal. Esos proyectos trabajan con el proceso de conocimiento.

Entonces, la idea es conseguir la remisión en gran parte de los Estados, y que los otros ni siquiera lleguen a los fiscales. Y el trabajo de capacitación está enfocado en los educadores y agentes del propio Juzgado de Niñez y Adolescencia de San Caetano.

El otro proyecto piloto está ubicado en Porto Alegre, también en el Juzgado de la Niñez y Juventud, pero ahora en el proceso de ejecución. Aquí estamos probando modelos restaurativos con casos de niños ya privados de su libertad, a fin de lograr una rápida concreción de una libertad asistida. Además, estamos intentando una aproximación entre víctima y ofensor; y los resultados parecen muy interesantes.

Voy a poner a su disposición todo el material de ambos proyectos de niñez y adolescencia de Brasil. Hay un núcleo común sobre el modelo y el diseño de estos proyectos.

Algo que estamos haciendo es trabajar básicamente en la capacitación de agentes que ya trabajan con el proceso. Entendimos que con el tiempo que disponíamos y con los recursos materiales con los que contábamos era muy difícil trabajar con agentes comunitarios. Sin embargo, me parece que sería muy deseable que las experiencias de base, puramente comunitarias, sean incentivadas; pero fue una opción en razón del tiempo y del dinero. En esos proyectos se están haciendo realidad *workshops* u oficinas sobre justicia restaurativa y un entrenamiento específico en mediación y comunicación no violenta.

Hay una preocupación muy grande también por documentar todas las etapas o estadios de la capacitación y de su aplicación práctica para que lleguemos a un resultado de evaluación que pueda legitimar el modelo. Como no hay tradición en el Brasil sobre este tipo de experiencias, esta es la primera en cuanto a una política pública; y entendemos también que es estratégico el convencimiento. Eso se logra con un monitoreo de las experiencias y una evaluación que estará terminada de aquí a seis u ocho meses.

Me gustaría hablar ahora sobre esos estándares. ¿De qué estamos hablando? ¿De qué justicia restaurativa estamos hablando en el Brasil? La Carta del Brasil fue discutida en esos seminarios internacionales y en el "I Simposio de Justicia Restaurativa Brasileña". Tenemos dieciséis principios:

El primer principio se refiere a precedentes e informaciones sobre las prácticas restaurativas y todos los procedimientos en que los participantes tomarán parte.

El segundo principio habla de la voluntariedad: nadie puede ser obligado a ser parte de un procedimiento restaurativo si así no lo quiere.

Después, tenemos el principio de respeto entre todos los participantes; y no sólo de las víctimas y ofensores sino principalmente de los facilitadores, los psicólogos, los asistentes sociales, los representantes de la comunidad que puedan ser parte de estos encuentros restaurativos. Este principio dice que todas las personas implicadas en este conflicto deben tener esa atención, haciendo hincapié en sus necesidades y posibilidades. Aquí no estamos hablando de víctima o de ofensor.

Es necesario todavía implicar a la comunidad en esos proyectos, siempre observando los principios de solidaridad y cooperación.

Otro principio que a mí me parece muy importante es el que establece la “interdisciplinariedad” de la intervención. Estamos acostumbrados en el Brasil —con una tradición jurídica formalista— a que, efectivamente, no se llegue al núcleo del conflicto. Eso no se hace apenas con jueces, fiscales o abogados y sí con el equipo técnico capacitado para cuidar de esos asuntos.

Otro principio es el de la atención a las diferencias y peculiaridades socio-económicas y culturales entre los participantes de la comunidad. Con respecto a la diversidad, también la garantía irrestricta de los derechos humanos, el derecho a la dignidad de los participantes. Ese punto me parece muy importante porque creo que la cuestión de los derechos humanos es una cuestión nuclear para la justicia restaurativa.

En una perspectiva histórica tenemos a la víctima muchas veces haciendo propiamente la ejecución del castigo, de la pena. Hubo un proceso de distanciamiento de la víctima de esa posición y ahora estamos intentando volver al control de la situación. Pero eso puede ser un desastre si no tenemos la seguridad de que toda construcción histórica de los derechos humanos debe ser respetada en este proceso; de lo contrario, algo que se dice restaurativo puede atentar contra la dignidad de los participantes.

A su vez, creo que en el proceso restaurativo tenemos que promover relaciones económicas ecuanímes y no jerarquizadas. Este procedimiento debe ser una expresión participativa, siempre observando el principio de legalidad sobre el Estado democrático de derecho.

Hay una preocupación en el Brasil sobre la cuestión de capacitación. La Carta expresa el derecho a exigir la confidencialidad de toda la información referente a ese proceso restaurativo. Si las partes no logran llegar a un acuerdo, lo que pasó en esas sesiones no puede ser considerado por el juez para fijar la pena en el proceso tradicional.

Otro punto muy importante es el de la integración como la red de política social en todos los niveles de la federación. Si nosotros estamos proponiendo una intervención diferenciada, me parece que ese sería, tal vez, el gran desafío. Como regla en Latinoamérica, tenemos el servicio de asistencia social —precario— que no consigue atender las necesidades reales de la población. Entonces, debemos optimizar eso, hacer una integración; de lo contrario, los propios acuerdos restaurativos van a ser bonitas palabras en una hoja de papel.

En ese sentido, también decimos que es necesario el desarrollo de políticas públicas integradas. En este momento, vemos la justicia restaurativa como un proyecto que debe estar integrado con el sistema de justicia y con el desarrollo de prácticas con base puramente comunitarias.

Otro principio es el de la promoción de la transformación de estándares culturales y de la inserción social de las personas implicadas en el conflicto. A su vez, nos parece muy importante el monitoreo y la evaluación continua de las prácticas en la perspectiva del interés de los usuarios de esos servicios.

Por último, me gustaría traer algunas reflexiones sobre el desarrollo de este programa específico en el Brasil. Como he dicho, es un programa recién empezado. Estamos trabajando en eso hace menos de un año y para mí está muy claro que nuestro gran desafío es el ligado al cambio cultural. Estoy de acuerdo con lo dicho, en cuanto a que es necesario y muy importante cambiar las leyes. Pero no tengo duda que más importante que eso es cambiar las personas que aplican esas leyes. Y para mí, en ese punto, la justicia restaurativa tiene un potencial revolucionario porque puede cambiar las expectativas de todas las personas en relación a qué esperan del Estado: una punición o un castigo ejemplar.

Cuando se dan cuenta de que hay otra posibilidad que es mejor para la víctima y para el ofensor, creo que eso tiene un gran potencial de cambio sobre el modo en cómo vemos a la sociedad como un todo.

Me parece estratégico que pensemos las prácticas restaurativas siempre con una conexión con la cuestión de educación. Si el tema es cultural, es necesario que los métodos pedagógicos sean, de alguna manera, revistos y se apropien de esos instrumentos alternativos para la solución de conflictos.

Veo allí una responsabilidad muy grande de esos primeros programas en Latinoamérica, porque si no observamos los principios y los valores, todo lo que se dice que es justicia restaurativa tendrá un descrédito muy grande. También es muy clara la necesidad de inversión en capacitación, monitoreo y evaluación de las experiencias como único modo de legitimarlas como una alternativa posible y viable.

Tengo algunas dudas sobre la implantación de programas como esos en gran escala. En la medida en que trabajamos en proyectos pilotos todo es más fácil. Entonces, pienso cómo sería el costo de la aplicación de la justicia restaurativa en América Latina a gran escala. Para darnos una idea, en Nueva Zelanda, para una población de cuatro millones de habitantes, tienen dos mil asistentes sociales en los ministerios. Para Brasil, que hoy tiene más de ciento sesenta millones de habitantes, necesitaríamos ochenta mil asistentes sociales y tenemos quince mil jueces. Entonces, esa es una cuestión a analizar.

Otra dificultad es el fortalecimiento de la red de asistencia social. Creo que nada vamos a avanzar si la respuesta estatal, a partir de su enfoque restaurativo, no es efectiva. Eso demanda el fortalecimiento de esas redes sociales.

Y, por fin, el empoderamiento de las comunidades. El simple hecho de que este proyecto piloto esté implicado con este sistema de justicia, hace que no exista un programa tal sin la participación efectiva de la comunidad. Además, debemos pensar en el contexto de la democracia en Latinoamérica y la crisis de credibilidad de la justicia.

Hay un estudio hecho en América Latina que arroja datos increíbles. Hace veinticinco años, casi todos nosotros vivíamos en regímenes dictatoriales. Pasados veinticinco años, al menos desde el punto de vista jurídico electoral, tenemos democracias; pero las respuestas que los gobernantes electos han logrado trazar no son satisfactorias. Entonces, eso afecta a todas las instituciones públicas. Y la justicia restaurativa es nada más que la posibilidad de construcción de una democracia participativa de abajo para arriba en el Poder Judicial. Es difícil, no lo dudo. Es una utopía.

Me gustaría terminar con una frase del poeta Mario Quintana, que dice así: "Si las cosas son inalcanzables... ¡bueno! / No es motivo para no quererlas... / Qué tristes los caminos si no fuera / la mágica presencia de las estrellas".

PROGRAMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS, COSTA RICA*

En primer lugar quiero aclarar que vengo a hablar no como costarricense, porque nunca me he naturalizado, pero sí de la experiencia de veintiocho años de trabajo en Costa Rica. Lo que sé lo aprendí allá.

Quiero hablar de nueve años y meses de tener aprobada y aplicada en el país la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil.

Nosotros tenemos una buena práctica general que es haber aprobado e implementado la ley. Y dentro de su aprobación o implementación, tenemos prácticas que han dado resultado y otras que no lo han dado tanto. En diez años que vamos a cumplir en mayo, pensamos tener un diagnóstico muy certero de qué necesitamos ajustar.

La experiencia de Costa Rica no podría transpolarse directamente a otros países. Somos 4 millones de habitantes con 10 por ciento de población afrodescendiente, con más del 10 por ciento, en este momento, de población migrante. Hablo de más del 10 por ciento constatado en el censo. Si uno piensa que la migración nicaragüense es temporal, es ilegal, creo que debe estar llegando al millón.

Es un país unitario, con un Congreso de una sola cámara, con 57 diputados. Digo esto para que ustedes vean cómo es más fácil todo. Esto ni siquiera es comparable a una de las provincias grandes de este país.

Es un país que desde 1949 terminó con los golpes militares aboliendo el Ejército, y adoptó un modelo de país socialdemócrata, en grave peligro, actualmente, ante la eventual firma del Tratado de Libre Comercio. Además, todavía tiene el monopolio de la energía eléctrica, el monopolio de las telecomunicaciones, todavía existe el seguro social. Y tiene todavía empresas del Estado que quedan del modelo socialdemócrata, como la producción del alcohol: la Fábrica Nacional de Licores.

El gasto social se garantizó en Costa Rica con algo que se llaman “destinos específicos”, que significa que de ciertos impuestos hay un porcentaje obligatorio que mantiene algún gasto social que va directo a la institución del gasto sin pasar por la caja única del Estado, tema éste que está en completa discusión.

Además existe un fondo de asignaciones familiares que se mantiene con un 3 por ciento del impuesto a las ventas, y un 5 por ciento por cada trabajador de la planilla de los patronos, privados y públicos. Ese es un fondo que mantiene el gasto social y que es obligatorio para los patronos, y para el Ministerio de Hacienda su giro. Todo esto está cuestionado porque realmente responde a un modelo socializado que ya pareciera que no va a regir más.

El gran tema es que es un país —de los de Centroamérica— nunca invadido por los Estados Unidos. Quiere decir que la relación del habitante costarricense con los Estados Unidos no era conflictiva. A partir de esta discusión del cambio de modelo, cambia también la relación; o sea, el sentirse ahora dominado y no ayudado.

Entonces este es un contexto que hay que tenerlo en cuenta, porque esto que estoy hablando ahora puede que no sea tal si vengo a hablar dentro de dos o tres años.

¿Qué pasó en Costa Rica con la Convención sobre los Derechos del Niño? Costa Rica es un país que firma todo convenio que ande dando vuelta por ahí. Eso es cierto, la Corte Interamericana está en Costa Rica, entonces, firma antes de saber qué tiene. Eso sí hay que decirlo, y ratifica rápidamente. Entonces, lógicamente, la convención en el '89 se firmó, grupos de costarricenses trabajamos en su redacción, y en junio del '90 era ley de la República. Pero no quedó ahí la cosa sino que rápidamente el país comienza a pensar que si bien los instrumentos de derechos humanos son directamente operativos, es imposible que se apliquen directamente en materia penal.

* Rita Maxera, miembro del Programa de Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

En materia penal debe haber leyes que bajen la normativa a las leyes que obligan a los jueces. Yo no podría decir que un sistema de responsabilidad específico para adolescentes se puede crear solamente aplicando las reglas de Beijing, Riad y las pocas normas que tiene la Convención.

¿Qué pasó entonces? Comenzó el tema de que había que adecuar la legislación a la Convención. Y Costa Rica tenía una ventaja que no tienen todos los países, que es haber tenido desde el '73 separado el tema de protección del tema tutelar penal.

Ya estábamos convencidos que lo tutelar era penal, porque es un eufemismo decir que es tutelar. Dejemos de lado que no tutelaba, pero cuando el juez tutelar aplicaba una medida, aplicaba el Código Penal. Si ustedes veían los registros decía "robo", "homicidio"; otra cosa es que después dijera que no era un chico que cometía delitos sino que tenía una conducta irregular, asocial y que necesitaba protección. Pero el derecho penal estuvo siempre vigente.

Cuando un chico se iba del centro donde estaba, se decía que se fugó. Y, bueno, uno no se fuga de donde puede salir. Y, evidentemente, los únicos que pueden privar de libertad en el derecho penal son los Estados. Después, podríamos hablar de otras privaciones de libertad. Pero ahí quedó claro que lo que imponía la Convención era cambiar el modelo tutelar. Todavía no teníamos claro a dónde íbamos.

Del año '90 al '93, no se logró llegar a un acuerdo sobre una ley, pero ya existía la sala constitucional, que en Costa Rica es la consagración del Estado constitucional de derecho, en 1989, que es control concentrado de la constitucionalidad. Entonces, faculta a los jueces a hacer consulta. Y lógicamente, lo que diga la sala tiene efectos *erga omnes*.

A un juez se le ocurrió decir que el Código Penal contravenía la Convención porque fijaba la edad de entrada en el Código Penal, no de imputabilidad. Porque Costa Rica tiene separada la edad de la imputabilidad perfectamente. Y la sala dijo que desde la ratificación por Costa Rica de la Convención sobre los Derechos del Niño habían caído ya por inconstitucionales todas las normas que se le oponían. Quiere decir que los jueces empezaron a usar la consulta de constitucionalidad para aplicar los principios de la Convención vía la ley tutelar. Así se logró incorporar la defensa pública obligatoria en los juicios, todo a base de recursos de hábeas corpus y consultas de constitucionalidad.

De ahí llegamos al '94. Desde la Defensoría de los Habitantes iniciamos un proceso legislativo y se acordó no mezclar el Código de la Niñez y la Adolescencia con la ley o el proyecto de Justicia Penal Juvenil. ILANUD se encarga de la ley de justicia penal juvenil, y la Defensoría de los Habitantes —que es la Defensoría del Pueblo— en el área de protección especial —que en ese momento tenía a mi cargo— articulamos el proceso del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En 1996 se sanciona la ley de Justicia Penal Juvenil y en el '98 la que crea el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esta ley es una ley que adopta —para mí elaborados o sacados como principios— los principios del modelo de responsabilidad. Quiero decir esto porque no hay que tener miedo, si nosotros estamos acá reunidos reconociendo que las personas menores de edad, niños, niñas y adolescentes, son sujetos de derecho, es porque estamos admitiendo que son personas en condición de desarrollo que van adquiriendo responsabilidades precisas a medida que aumenta su ámbito de libertad, que adquieren capacidad de decidir y de responsabilizarse, en forma distinta a la de los adultos.

La otra cuestión es que acá niños y niñas no tenían nada que ver, porque había que fijar una edad que dividiera la población que todavía no puede responder, aunque sea de manera específica, de la población que sí responde. Niñez y adolescencia, en el caso de Costa Rica: 0-12 y 12-18. Este es un tema que recoge el Código de la Niñez y la Adolescencia; y la adolescencia hoy en Costa Rica, a partir de la aprobación del Código de la Niñez, es una categoría jurídica. Dejó de ser la adolescencia y la preadolescencia psicológica, que no es que no sirve, pero la edad como garantía de seguridad jurídica está fijada de 12 a 18.

El otro punto de este modelo de responsabilidad, es que esta ley tiene que tener mecanismos que minimicen la intervención penal. O sea, si nosotros creemos que para adultos hay un derecho penal mínimo, este para los adolescentes debería ser más mínimo aún.

Otro principio es la posibilidad de tener una amplia gama de sanciones donde la privación de libertad sea el último recurso. O sea que no es que la prisión o la privación de libertad es la pena

principal que tiene alternativas; no, eso es en materia de adultos. Nosotros tenemos una amplia gama de sanciones, y más bien el juez tiene que justificar mejor cuando decide elegir la última.

En cuanto a las garantías del debido proceso formal y sustancial, éste fue un camino muy duro. Los jueces tutelares parecía que nunca habían visto qué era la tipicidad, ni que había que fundamentar la culpabilidad. Porque en adolescentes se recomendaba lo que la trabajadora social o el informe psicológico decía. No había causas de justificación, pues tuvieron que empezar a ver que también regían las garantías sustanciales o los principios constitucionales.

Otro punto que tiene que ver con las garantías procesales es que no nos quedamos con la defensa, sino que defendimos la intervención del Ministerio Público del fiscal en el proceso. Porque nuestra experiencia de haber logrado la defensa con el recurso ante la sala constitucional, nos había puesto en un proceso que era desparejo, porque el defensor argumentaba frente al juez. Entonces, necesitábamos el equilibrio del fiscal para establecer un contradictorio. Y se le puso mucho énfasis a la preparación de los fiscales, porque ellos nunca habían tenido nada que ver con el tema. En Costa Rica, fiscales y defensores, si bien pertenecen al órgano del Poder Judicial, no tienen nada que ver entre ellos; una es la fiscalía penal y la otra es la defensa pública penal.

Lo otro importante —y que se cumplió— es la especialidad de todos los órganos de intervención judicial. Hay fiscalía penal juvenil, hay defensoría penal juvenil, defensa pública penal juvenil, juzgados penales juveniles, tribunal de apelación penal juvenil y casación penal juvenil.

Hay Juzgado Penal Juvenil, Fiscal Penal Juvenil y Defensor Penal en cada cabecera de provincia, que son 7 provincias, más 4 juzgados en San José, en dos distritos judiciales diferentes.

También se creó el juez de Ejecución Penal Juvenil, que esto fue también un tema controvertido. Porque, lógicamente, esto con el sistema penitenciario es una cosa que al principio causa muchísima resistencia. Hoy trabaja muy bien a diez años de su creación. Todos están en un solo centro en la provincia de San José Central, o en Alajuela, muy cerca de San José. En este momento, eso está todo en manos del Ministerio de Justicia.

El otro punto es que estos procesos tienen que considerar a la víctima. Y yo les diría que esa es una deuda que tenemos todavía. En el Derecho Procesal Penal de adultos creo que no hemos pasado mucho más de haberla puesto en el Código Procesal Penal, y mucho menos en adolescentes, porque si la mentalidad nuestra es pensar siempre que la víctima es el adolescente imputado —que no niego que sea víctima de las condiciones estructurales—, nos olvidamos que hay una víctima del delito que, muchas veces, es tan víctima como él.

Los delitos de los adolescentes no son en Costa Rica “delitos de Robin Hood”: robar a los ricos para repartir entre los pobres. Y muchos de los delitos son cometidos en los mismos ámbitos donde viven, en las puertas de los colegios más pobres de la zona donde los chicos no van en los *buses* particulares, ni cuidados. Entonces todo eso hace que el tema de la víctima tenga que entrar en la mentalidad también de los que operamos en este tema. Porque si no, no puede haber mecanismos restaurativos. Y creo que lo que ha impedido que avancemos en ello es considerar que frente al delito hay una persona que es víctima, que también tiene derecho a ser oída. Realmente es un tema de una deuda enorme que tenemos que afrontar.

Con este marco de lo que es la ley, yo diría que los primeros tres años fueron de ajuste; de mucha capacitación, sobre todo en el ámbito judicial y en el ámbito del Ministerio de Justicia. Acá no intervino nunca el ámbito de la protección. El Sistema Nacional de Protección creado por el Consejo de la Niñez se ocupa de los niños y adolescentes que son víctimas de la omisión estatal, puramente, que son víctimas de la familia, pero que no han entrado en la cadena del derecho penal.

Hoy este sistema no tiene resistencia en el país. Hace cinco años que no enfrentamos ningún pedido de bajar la edad, que han enfrentado otros países como Brasil, El Salvador; o sea, ya está interiorizado mentalmente que es el sistema de justicia penal juvenil.

Ha habido en los primeros años mucha presión periodística, que en la actualidad ha bajado. Se ha trabajado con los periodistas sobre el manejo de la información, y además convenciéndolos acerca de que el sistema es severo; es garantista pero es severo.

La Sala constitucional ha seguido interviniendo. Hay consultas ya cada vez más refinadas sobre temas procesales, sobre el valor supletorio del Código Procesal de Adultos; o sea, ya no es la cosa desde la aplicación primera sino que ya entra en refinamientos, si el tema de la prescripción corre desde tal fecha o tal otra. Y en los Tribunales de Casación es lo mismo.

Entonces, creo que ahí uno podría decir que el tema ya es un tema “introyectado”. Hay una justicia penal de adultos, hay un derecho penal juvenil especial y específico. Digo que es especial, porque es una ley separada del Código Penal y separada de las leyes de protección, con garantías específicas que no tienen las personas adultas y que corresponden a la condición de adolescente.

Hasta ahí vamos bien. El tema acá es cuando vamos a la aplicación penitenciaria. El Sistema Penitenciario costarricense siempre se ocupó de los menores de edad, desde el año '76, donde se arma el nuevo modelo penitenciario, en el que tuvieron que ver bastantes argentinos que paseaban por allí.

Ahí no había problema, pero ahora hubo imposiciones: tener separadas edades, tener separados condenados y los que estaban con medida cautelar, etcétera. Y hubo que hacer ajustes desde la estructura hasta ajustes de trabajo diferente; motivar una serie de resoluciones, consultar con el juez de ejecución. Ya llevan diez años y la realidad es así ahora.

Todo lo que sale del proceso sin llegar a juicio, de eso se encarga el Poder Judicial y sus equipos interdisciplinarios. O sea, quien sale con suspensión del proceso a prueba, nada tiene que ver con el sistema penitenciario; ni siquiera lo que va a conciliación. Nada de eso tiene que ver con el sistema penitenciario. Lo que va al sistema penitenciario es lo que tiene sentencia; sentencia de privación de libertad para una dirección especial, sanción no privativa de libertad para otra.

Con sanción no privativa de libertad hay 280 adolescentes, que están mayormente en libertad asistida; y 44 adolescentes privados de libertad, de los cuales más del 50 por ciento —como el 60 por ciento— están con condena, y el resto con medidas cautelares. Pero además todos los que están ahí son menores de 18 años. El grave problema con estas leyes es la creación de la categoría adulto-joven que cumple condena de sanción penal juvenil. Y ahora vamos a explicar por qué es el problema.

Si ustedes ven los adolescentes denunciados, el 81 por ciento, lógicamente, es masculino y el 19 por ciento es femenino. Yo, en mis trabajos, todas estas diferencias las trabajo.

¿Qué entendemos por denunciados? Los casos llegados a la fiscalía. Desde la ley penal juvenil, la policía detiene y entrega al Ministerio Público. Entonces ya no tenemos en comisarías, ya no tenemos el problema que teníamos antes, de las veinticuatro horas, si eran el máximo, si eran el mínimo. Entonces, entrega a la fiscalía. Esto quiere decir que a la fiscalía llega todo: lo que es ridículo y lo que no lo es. Porque la denuncia puede ser una denuncia donde la víctima no va a aparecer nunca más, denuncias sin adolescente identificado: “Me robaron”. “¿Quién le robó?”. “No sé”. “¿Fue un varón?” “Sí”.

Siempre el porcentaje de mujeres denunciadas es menor, pero ahora vamos a ver cómo se va decantando después.

El año '97 es el primer año en el que tenemos datos, porque la ley se aprobó en el '96. Entonces, tenemos '97, '98, '99, 2000, y vemos que siempre la denuncia mayor es por delito. Las faltas, que ocurren muchísimo, en la realidad la gente no las denuncia.

Las faltas, para Costa Rica, son penales; están en el Código Penal, existen juzgados, jueces contravencionales; no es administrativo, es penal y está en el Código Penal con un juicio más leve.

Nosotros discutimos, en la sanción de la ley, si era conveniente despenalizar la falta; no lo logramos. Hoy estoy contenta de no haberla despenalizado. Nadie puede ir con una medida de privación de libertad por falta, pero a veces el llegar al juzgado termina con situaciones que son tremendamente conflictivas y que atentan contra la paz social.

Además, hay un tema que tenemos que sacarnos de encima, el tránsito, que en Costa Rica es judicial, y que son los adolescentes que le quitan el carro al papá o a la mamá y chocan; que los juzgados de tránsito no entendieron que era materia de ellos y nos encajaron este tema a nosotros.

Acá está la clasificación de los delitos, y si ustedes miran, lógicamente, siempre es el delito contra la propiedad, aunque de 1997 a 2004 pasó a ser un porcentaje menor en relación con todos. Los delitos contra la vida representan un 15 por ciento, los sexuales un 11 por ciento. Estos últimos datos son

extraídos ilegalmente, porque todavía la Corte no los publicó. Pero el país publica año a año el estado de la Nación, entonces ya estamos trabajando estos datos y hacemos esa comparación; los delitos contra la libertad representan un 6 por ciento, contra la autoridad pública un 3 por ciento... Y lo que me explican de las infracciones de la ley de psicotrópicos es que a partir del año 2000 se llevaba a la Fiscalía a los adolescentes que estaban consumiendo. Y entonces ahí se derivaban al organismo que atiende. Pero eso no tendría que ser así. Eso tiene que ser directamente una derivación a donde corresponde, porque el consumo no es delito, salvo que tuviera una cantidad de droga que uno pudiera pensar que tiene droga para el tráfico.

Vemos que, de lo que llega a juicio, sólo en el '97 un 59 por ciento fue condenado. Esto es lo que llega a juicio. O sea que llegando a juicio, que son los casos excepcionales, sólo eso se condena. Quiere decir que todavía en el juicio se hacen valer como causa de justificación o alguna causal de disminución de la reprochabilidad, etcétera.

Digo esto porque uno pensaría que, donde hay salidas alternas al proceso, nadie llegaría —o excepcionalmente llegaría después— a una absolutoria. Sin embargo se demuestra que aun no habiendo hecho uso de la salida anticipada, llegamos en el año 2004 a menos de la mitad condenada. Ahora hay absolutoria, lógicamente es mucha por el “*in dubio* preadolescente”. En un proceso acusatorio garantista, las pruebas anteriores no sirven para condenar.

Estas son las sanciones impuestas. Si ustedes ven los porcentajes, el internamiento en centro especializado representa sólo un 16 por ciento de las condenatorias, por eso hay 40 chicos. La sanción no privativa de libertad más usada es la libertad asistida. Y este es un problema que hay que trabajar, porque la libertad asistida es la más fácil de aplicar para los jueces, porque la deja librada lógicamente y para bien del servicio penitenciario de adolescentes, el darle contenido. Pero se deja de utilizar la prestación de servicios a la comunidad, para la cual teníamos muy buen convenio con los bomberos —los bomberos en Costa Rica dependen de un monopolio estatal del Instituto Nacional de Seguros. Los jueces, creo que no creen en los bomberos, o les da más seguridad la libertad asistida. Les parece que con eso solucionan más problemas, y ese es un problema que quiere resolver justamente la gente del sistema penitenciario.

Con respecto a la reparación del daño, esta representa el 0,3%. Cuando hablamos de la reparación del daño en la ley penal juvenil, no hablamos de pagar dinero: puede hacerle un trabajo a la víctima, puede volver a arreglarle lo que dañó, etcétera. En algunos jueces he visto aplicaciones muy interesantes: de devoluciones periódicas, de alguna retribución; ahí no estamos hablando de conciliación, sino de reparación del daño, pero en todo caso, desutilizada.

En prestación de servicios a la comunidad, hay que tener mucho cuidado, porque vienen los modelos norteamericanos de prestación de servicio de la Marina, son Organizaciones No Gubernamentales que se mantienen de esa manera y enseñan a hacer barcos y otras cosas. Pero cuando uno ve los programas a ver si se admiten como soporte, resulta que los tienen privados de libertad, porque ellos no los admiten si a la vez no están dentro de la institución, con lo cual no es libertad asistida.

El internamiento de ejecución condicional fue muy criticado porque nos decían que si teníamos alternativas a la prisión, por qué conservábamos el internamiento. Es para salvar los errores judiciales de quien no usó alternativas antes.

La privación de libertad no sólo procede cuando el delito tiene prevista una pena mayor mínima de 6 años, que es lo que dice la ley penal juvenil, sino que también por reiteración injustificada de las medidas o de las sanciones no privativas de libertad, cosa que salió de Brasil y que desgraciadamente así se interpretó.

Entonces, delitos como robo simple y tentativa de robo simple o reiterado, o en concurso con otro delito, siempre el robo agravado, el homicidio y los delitos sexuales se mantienen como los delitos que han dado lugar a internamiento.

Quiero hablar del juicio abreviado. Nosotros omitimos el abreviado expresamente, porque estaba a la par la redacción del Código Procesal Penal, porque para nosotros no es educativo que alguien confiese y que con eso logre una negociación de una pena que es facultativa a la pena menor.

Sin embargo, la sala de casación penal tiene una división ahí y ha entendido que supletoriamente rige el Código Procesal de adultos porque es beneficioso, y otra parte de la sala considera que no.

Para terminar, creo que conviene largarse en el tema; no apurarse ni pelear, sin la ley el tema no se inicia, tampoco termina con la ley. Pero que hay que aventurarse, y la Argentina, por su tradición, tiene que aventurarse.

Decir que no queremos, y que a la vez tenemos chicos de 16 años con cadena perpetua, me parece que es un contrasentido muy grande.

PROGRAMA DE MEDIACIÓN PENAL JUVENIL EN CATALUÑA, ESPAÑA*

Evolución del Programa

El Programa de mediación-reparación se inicia en Cataluña en el año 1990 y hasta llegar al momento actual, varias han sido las etapas por las que hemos pasado.

En Cataluña en esa época ya existía una Dirección General que tenía competencias exclusivas en materia de Justicia Juvenil, es decir había una separación clara entre la facultad protectora y la de reforma. La Dirección General de Justicia Juvenil se encargaba de los menores infractores que habían cometido un delito o una falta, y la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, de los menores que debían ser atendidos porque sus padres o familiares no lo podían hacer, es decir, se encargaba de su protección.

Desde el punto de vista de Justicia Juvenil y después de que el cambio estuviera consolidado, aparece un nuevo escenario en el que se plantean otros retos. Aparece la idea de llevar a cabo otras intervenciones que comporten la búsqueda de nuevas respuestas a los jóvenes infractores así como a la posibilidad de incluir a las víctimas de esos delitos, hasta aquel momento, la gran olvidada del sistema penal juvenil.

Cuando el Programa se comienza a aplicar no estaba contemplado en la legislación de menores existente en aquel momento y no fue hasta junio de 1992 que quedó recogido en la Ley Orgánica 4/1992 sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. Posteriormente aparece la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, vigente en la actualidad.

En la evolución del programa podríamos destacar las siguientes etapas:

- 89-90 Elaboración del Proyecto
- 90-92 Ley 1.948
- 92-2000 Ley 4/92
- 2001-2005 Ley 5/2000

Durante el año 1989 se trabajó en la elaboración de un proyecto que contemplaba el marco de actuación y las líneas generales. Esto fue muy importante para su posterior puesta en marcha en mayo de 1990.

En aquellos momentos estaba vigente la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, que era de 1948 y estaba totalmente obsoleta. No contemplaba ni la reparación ni la conciliación y fue necesaria la estrecha colaboración de los Jueces de Menores para que estos derivaran los casos y poder iniciar así la experiencia. Esta etapa duró hasta 1992 y se trabajaba con menores cuya franja de edad iba de los 0 a los 16 años.

En 1992 se produce la reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de 1948 y entra en vigor la Ley Orgánica 4/92 reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores. En ese texto se recoge la reparación a la víctima en dos momentos procesales diferentes:

1. Como alternativa al procedimiento judicial

El artículo segundo, dos, regla 6ª, dice: Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.

* Charo Soler Roque, Coordinadora de Equipos Técnicos, Dirección General de Justicia Juvenil en Cataluña, España.

2. Como suspensión de la medida judicial una vez desarrollado el procedimiento judicial

El artículo segundo, tres, 3º, dice: En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial.

Esta ley limitaba la edad de los jóvenes infractores a la franja comprendida entre los 12 y los 16 años y, más que una nueva ley, fue una modificación parcial de tres artículos de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Con su entrada en vigor, al Ministerio Fiscal le corresponde la investigación y la iniciativa procesal. Así, pues, a partir de ese momento derivará los casos susceptibles de participar en el Programa.

La última etapa coincide con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores que establece un marco muy concreto y recoge la reparación en un marco muy específico.

Cabe destacar de esta ley los siguientes aspectos:

- La edad de los jóvenes infractores queda limitada a la franja de 14-18 años.
- Sigue siendo el Ministerio Fiscal quien a partir de la instrucción solicita la mediación para determinados casos.
- Otorga mucha importancia a los equipos técnicos.
- Establece la mediación en dos momentos procesales diferentes.

El Programa Actual

Marco legal

La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece el límite de edad entre los 14 y 18 años, y también recoge la conciliación y la reparación en dos momentos procesales diferentes.

Título III: De las instrucciones del procedimiento

Artículo 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará al Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor **no cumpliera** la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

Título VII: Reglas para la ejecución de las medidas:

Artículo 51. Sustitución de las medidas.

2. *La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta.*

La mayoría de los casos entran por el artículo 19 y se procura que siempre que se pueda, sea la

primera intervención que se realice con los infractores primarios. La ley limita los casos que tengan especial violencia o intimidación pero con el tiempo, la práctica nos ha ido demostrando que cada vez más los fiscales han ido derivando más casos debido a que los resultados ponen de manifiesto que es una buena herramienta para que los jóvenes se responsabilicen de su actuación.

El texto legal actual es más explícito que el anterior. Establece definiciones sobre los conceptos de conciliación y reparación del daño causado, definiciones que no existían en la anterior ley, y no determina el tipo de acuerdo al que deben llegar las partes en cada caso concreto.

La definición que hace la ley de conciliación - reparación queda recogida en la exposición de motivos y dice así:

... “un interés particular revisten los temas de reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente o a la finalización de la medida impuesta, en un claro predominio de los criterios educativos y re-socializadores sobre los de una defensa basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

*La **reparación del daño** causado y **la conciliación** con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La **conciliación** tiene por objetivo que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la **reparación** el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.*

Las definiciones establecidas en la Ley 5/2000 no entran en contradicción con los aspectos básicos del programa estructurado en Cataluña a partir de 1990 que se traducen, como veremos más adelante, en el retorno del protagonismo a las partes a partir de la responsabilización del menor y la oferta por parte de éste de una acción reparadora a la víctima que tiene que ser satisfactoria para ésta.

Los Equipos Técnicos

La Ley 5/2000 establece en su artículo 27 la elaboración de un informe sobre la situación del menor y al respecto dice lo siguiente:

1.- Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los actualmente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de 10 días, prorrogable por un periodo no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.

3.- De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo.

En Cataluña los equipos están formados por Psicólogos/as y Trabajadores/as Sociales y tienen funciones diferentes en función del Programa al cual estén adscritos. Dado que las funciones que contempla la ley son las de asesorar y mediar, se llevan a cabo a través de dos programas diferenciados. Así pues un profesional adscrito al Programa de mediación se dedicará exclusivamente a ejercer el rol de mediador/a y no realizará en ningún caso informes de asesoramiento.

Consideramos importante y clarificador esta diferenciación de roles para evitar confusiones y contradicciones. No tendría ninguna lógica que el mismo profesional que lleva a cabo la mediación desde un rol que implica cierto distanciamiento y cierta neutralidad, realizara un informe sobre la situación de ese menor en los casos en los que la mediación no resultara viable o bien su resultado no fuera favorable.

Personalmente entiendo que este ha sido uno de los mayores aciertos del Programa de Cataluña porque ha permitido desarrollar mejor el rol del mediador, cosa difícil dentro de un contexto como el de Justicia Juvenil.

Organización del trabajo

Cuando el Ministerio Fiscal solicita un informe de un menor, además de los datos de filiación, nos facilita en su oficio la siguiente información:

- El hecho NO impide el desistimiento.
- El hecho NO impide el desistimiento pero se requiere informe de asesoramiento.
- El hecho IMPIDE el desistimiento.

Esta información es muy útil para nosotros ya que nos informa de su intención de continuar o no con el proceso y por tanto de los profesionales que tienen que intervenir en función de la demanda que hace.

En el caso de NO impide, nos está informando que si la mediación es exitosa pedirá un archivo de la causa. Así pues el profesional que atenderá el caso en primer lugar será un mediador. Solo en el supuesto de que la mediación no resultara viable o exitosa intervendría el asesor.

En el caso de NO impide pero solicita informe, nos informa que independientemente de que sea viable o no la mediación quiere un informe de asesoramiento. En función del resultado de la mediación y de la situación de ese menor, decidirá continuar con el proceso judicial o desistir. En este caso intervendrán un técnico del programa de asesoramiento y posteriormente si el menor quisiera reparar intervendría el mediador.

Si, por el contrario, IMPIDE el desistimiento, nos está informando que ese hecho lo va a llevar a juicio. Así pues, es necesario el informe sobre la situación del menor y en el supuesto de que éste quisiera reparar, tendrá que saber que aunque la mediación fuera exitosa, no va a ser alternativa al proceso judicial y en todo caso, se podrá utilizar como atenuante.

Destacar que la mayor parte de las demandas que proceden de la Fiscalía contempla la posibilidad de mediar bien a través del primer formato, -No impide- o del segundo donde además de la mediación solicitan la realización del informe de asesoramiento.

La mediación para la reparación

Ni la Ley 5/2000 ni el proyecto inicial definen explícitamente la mediación como la manera en que víctima y autor resuelvan sus diferencias. A pesar de ello y partiendo siempre de la experiencia desarrollada a través del trabajo práctico con los casos, observamos que la mejor manera que tiene un joven de reparar el daño a la víctima, es contando con su opinión y por tanto sabiendo qué necesita para sentirse reparada.

Para que un joven infractor pueda **reparar**, o **conciliarse** con la persona que ha dañado o perjudicado, necesita tomar conciencia del daño ocasionado, responsabilizarse de su actuación y ser capaz de ofrecer alguna cosa útil a la víctima para que pueda sentirse satisfecha. La víctima tiene que contemplar la posibilidad de abordar el problema que ha sufrido en un espacio donde pueda tener todo el protagonismo que se merece, participando en todo el proceso.

El autor del delito sabe cuáles son las acciones que ha llevado a cabo y cuáles son los motivos que ha tenido para realizarlas. La víctima sabe qué daños ha tenido, y los problemas que le ha ocasionado. Con la participación de las dos partes implicadas, podemos obtener una visión completa de los hechos, así como los motivos y consecuencias que ha tenido para cada uno de ellos, pero sobre todo, podremos conocer las alternativas que ayudarán a solucionar los problemas derivados del delito. Ellos sabrán muy bien qué están dispuestas a pedir, ofrecer o ceder.

A partir de las premisas anteriores podemos llegar a la conclusión, que para el desarrollo del programa se necesita una metodología que de el máximo protagonismo a las partes, a la vez que pueda aportarles elementos educativos, al menos al menor infractor. De la experiencia tenida en este ámbito de actuación hemos visto que la **mediación** es una herramienta válida para que menor infractor y víctima, de común acuerdo, decidan los actos reparadores adecuados que satisfagan los intereses de ambas partes.

La mediación posibilita que la reparación tenga un carácter restaurativo, más allá de la compensación de los daños y de los perjuicios. También comporta una perspectiva de futuro independientemente de que entre las partes pueda haber o no relación.

Nuestra opción es la de la mediación siempre y cuando voluntariamente las partes accedan.

La voluntariedad también es un elemento de la mediación que nos parece importante destacar ya que si las partes no están predispuestas a participar en un proceso de mediación difícilmente lo llevaremos a cabo.

Desde la perspectiva de justicia juvenil y ante la posibilidad de mediar o hacer frente a un proceso judicial, uno puede pensar que la voluntariedad está condicionada. Es cierto que muchos jóvenes escogen mediación en primer lugar para ahorrarse un juicio, pero también lo es que cuando se trabaja con seriedad, se consiguen cambios.

La mediación como proceso

Hablar de mediación implica también hablar de proceso y por tanto de la posibilidad de cambios.

De entrada, ni infractores ni víctimas vienen con una idea clara acerca de su participación en una mediación. Será tarea del mediador informarlos de esta posibilidad y trabajar con ellos para que puedan contemplar esta opción. En general vienen con miedos y desconfianza hacia lo que representamos como operadores de Justicia Juvenil y hacia la otra parte del conflicto, sea el autor o la víctima. Es necesario estar atento a sus preocupaciones, para introducir otros elementos que les permitan variar su percepción inicial. Por otro lado, también es necesario que puedan desarrollar actitudes positivas para encontrarse con la otra parte.

Entre una primera entrevista y el encuentro de mediación entre las partes pasan muchas cosas: se potencia la comunicación, se reflexiona sobre las consecuencias del hecho, se trabaja para la comprensión del conflicto. Necesariamente, los procesos de mediación obligan a recapacitar sobre uno mismo y sobre el otro y desde luego sobre una solución que tendrá que ser compartida.

Así pues será un trabajo que se realizará a lo largo del tiempo y en donde el mayor triunfo del mediador será ver cómo se evoluciona de posturas enfrentadas a otras mucho más integradoras donde prevalece la cooperación y colaboración.

Mediación en relación a las partes

Una idea muy extendida dentro del colectivo de mediadores es que la mediación potencia la “responsabilización” tanto del infractor como de la víctima.

El Programa de Reparación a la Víctima, a partir de las técnicas de la mediación, permite a las partes ser protagonistas de sus actos y responsabilizarse de ellos, a la vez que les facilita tomar las decisiones necesarias para disminuir sus efectos. Les permite tener una experiencia satisfactoria, demostrándoles que son capaces de aprovechar al máximo sus propios recursos. La toma de conciencia de esta experiencia es la que constituye el hecho educativo de aprender.

La mediación en la Justicia Juvenil permite que los jóvenes infractores hagan un ejercicio de responsabilidad y constaten por si mismos el alcance de lo que su conducta ha generado. A su vez, ayuda a las víctimas a salir de esa posición al obtener una explicación que le permita conocer la realidad.

El hecho de que los infractores se hagan más responsables de sus actuaciones a través de este proceso, tiene que ver con la presencia de la víctima. Un hecho delictivo visto aisladamente no es importante si no se conocen las consecuencias ni quien las ha sufrido. Si además se las puede aplicar a si mismo y ponerse en el lugar de la víctima, la situación cambia.

Para la víctima, contempla la posibilidad de poder obtener las explicaciones necesarias que la ayuden a entender el por qué de esa situación a la vez que poder transmitir el malestar que ha experimentado.

Mediación en relación a la justicia

Otro motivo por el cual valoramos la mediación es porque se trata de una alternativa no retributiva y, a la vez, da una respuesta al hecho cometido. Debemos tener en cuenta que hablar de adolescentes es hablar muchas veces de conductas transgresoras que pueden ser episódicas y desaparecer con la edad. El hecho de que se pueda abordar esa situación desde una perspectiva no punitiva, hace que sea más fácil el reconocimiento de los errores y por tanto la posibilidad de enfrentarse a las consecuencias. Así pues entendemos que se da una respuesta con un alto contenido educativo que permite al infractor comprender el alcance de su conducta a la vez que hacer algo para paliar el daño ocasionado.

Una de las críticas posibles suele ser la de que la mayoría de los jóvenes infractores prefieren reparar para evitarse un juicio. Ante esta situación tengo que decir que es cierto que mayoritariamente la primera motivación suele ser esa, pero también lo es que esa idea se va modificando. Por otro lado, si esa idea persistiera después de haber trabajado -lo que implica participar en una mediación y esa fuera su única motivación- el caso se desestimaría.

El hecho de que esta mediación se realice desde un contexto de justicia juvenil implica que el infractor está aceptando la norma y reconociendo que la ha trasgredido.

Mediación en relación a la comunidad

En general la comunidad sale ganando con el hecho de que se lleven a cabo Programas de Mediación en la Justicia Juvenil, porque se desarrolla una justicia más próxima a los ciudadanos. De alguna manera la comunidad puede participar en unos conflictos que también les afecta.

Una de las cosas que encontré más gratificante cuando empecé a trabajar como mediadora, fue que cuando nos poníamos en contacto con los perjudicados o con otras asociaciones, la respuesta era de sorpresa positiva.

Además de los perjudicados directamente, que tanto puede ser un particular como la propia comunidad, se puede entrar en contacto con asociaciones o entidades sin ánimo de lucro para que algunos infractores puedan realizar una prestación a la comunidad. Esta prestación suele ser el resultado del compromiso que han tomado con la víctima dentro del proceso de mediación y suelen tener muy buena acogida por la propia comunidad.

Recuerdo el caso de un señor que había tenido daños por valor de 300 euros pero solo le reclamaba al joven 100 euros. Por el equivalente al valor de los 200 restantes le proponía que colaborara en una entidad de ayuda a personas necesitadas. En otros casos también se ha propuesto ingresar el dinero en alguna organización no gubernamental.

Ejemplos como los anteriores ponen de manifiesto que la comunidad sale beneficiada pero desde luego no solo por esto, sino porque se les devuelve el protagonismo para que puedan rescatar sus conflictos y gestionarlo teniendo en cuenta los intereses y necesidades de todas las partes.

Metodología del proceso de mediación

El proceso de mediación comporta una metodología de trabajo que tiene como objetivo que el imputado no se distancie del delito y que la víctima pueda racionalizar la vivencia del delito. Para obtener este resultado que ha de finalizar con el encuentro entre las partes, es necesario un trabajo previo con cada parte por separado.

Su estructuración potencia la reflexión y la posibilidad de que cada parte se ponga en lugar del otro para poder acercar las posturas que facilitarán el encuentro. En este sentido el hecho de que la intervención se realice desde un marco no punitivo favorece que se puedan admitir mejor los errores de cada parte.

La mediación se da a lo largo de un proceso y la función del mediador es acompañar este proceso estructurándolo y creando el clima necesario para que las partes implicadas en él puedan trabajar con comodidad y abordar el conflicto existente entre ellas.

Quiero destacar que el proceso de mediación penal difiere del que se utiliza en otros ámbitos de mediación. Trabajamos con las partes por separado y si insisto en ello es porque en penal no vamos a potenciar encuentros entre víctima y victimario si no tenemos garantías de que pueda funcionar. Entendemos

que a la víctima no se la puede victimizar más, ni al menor infractor se le puede hacer pasar por una situación en la que se enfrente a algo que realmente sea irreparable.

Esquema del proceso

1. Estudio de viabilidad
 - a) entrevista con el menor infractor
 - b) entrevista con la víctima
2. Valoración de la información obtenida
3. Ejecución del programa
 - a) programas con participación de la víctima
 - b) programas sin participación de la víctima

Así pues, en primer lugar, haremos una entrevista con el joven infractor; y una vez que obtengamos una serie de datos que después analizaremos, entraremos en contacto con la víctima.

Finalizado el trabajo con las partes por separado, haremos una valoración de la información que poseemos para programar nuestra intervención posterior. Decidiremos si es necesario realizar más entrevistas con alguna de las partes o bien si es posible un encuentro cara a cara o alguna otra opción de las previstas en el programa.

1. Estudio de la viabilidad

Tres son las **condiciones previas** para que un proceso de mediación sea viable:

- Reconocimiento
- Capacidad
- Voluntariedad

El reconocimiento

Para que un joven infractor pueda reparar necesita reconocer su participación en los hechos o, como mínimo, aceptar algún tipo de relación con los hechos denunciados. Si no se da esa condición, no podrá legitimar a la víctima ni podrá ofrecerle reconocimiento; por lo tanto, si no modifica su actitud no lo podremos aceptar en el Programa. Una de las cosas que tenemos que tener en cuenta y saber transmitir a ese joven, es que el reconocimiento en la mediación le servirá para resolver el conflicto que tiene con la víctima y no para que se le sancione judicialmente. Por otro lado es más que probable que si resuelve el conflicto que tiene con la víctima también resuelva el que tiene con la Justicia.

En general suele haber desconfianza pero si este aspecto se trabaja con el menor y éste comprende su utilidad se producen cambios importantes.

Desde que en el mes de abril de 2005 entró en vigor el Real Decreto 1774/2004 del 30 de julio que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, el abogado tiene una presencia muy activa en los procesos de mediación. Este será citado a la sesión informativa de la primera entrevista y aconsejará a su cliente sobre las ventajas o inconvenientes de un proceso de mediación en su caso.

Artículo 5. Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales

c/ El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de Ley Orgánica 5/2000... y oír a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara algunas de las soluciones que el equipo le propone, de ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales ...

La capacidad

Para poder llevar a cabo un programa de reparación a la víctima, el menor infractor debe ser capaz de llevar a cabo las acciones necesarias para solucionar el conflicto existente y arreglar el daño producido.

La capacidad es la aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo¹, de llevar a cabo la acción reparadora.

La aptitud es lo que hace que una cosa sea adecuada para cierto fin, la disposición natural de las personas para determinada actitud, la idoneidad para obtener o ejercer un determinado empleo.

La aptitud es la capacidad que las partes requieren para ponerse en el lugar del otro, poder reparar y ser reparado e implicarse en la búsqueda de soluciones. Las partes tienen que estar preparadas para abordar el conflicto que les afecta.

Tres elementos podrían ayudarnos a definirla:

- Capacidad de crítica
- Capacidad de empatía
- Tolerancia a la frustración

Si nos quedáramos sólo con el reconocimiento, nos pararíamos a mitad del camino. Un infractor puede decir que lo ha hecho, pero no tiene por qué mostrar ningún arrepentimiento y considerar que su actuación era la única posible. Ante esa situación si no es capaz de introducir algún elemento crítico sobre su actuación y establecer alguna posibilidad de empalmar con la víctima, llevaríamos a las partes a una radicalización de sus posturas y a un aumento del conflicto.

La capacidad de tolerar la frustración también es un elemento importante. A veces las expectativas no se cumplen y se tiene que poder aceptar una negativa o un resultado inferior al esperado sin que por ello se reactive o agudice el conflicto.

La voluntariedad

Un programa de mediación y reparación necesita de la voluntad de las partes para participar en él. Sin esta voluntad, las acciones que se llevan a cabo carecen de sentido y los acuerdos de reparación tienen menos garantías de que se cumplan de forma satisfactoria. A pesar de esto, la voluntariedad en el ámbito penal juvenil y sobretodo la del menor infractor, tal y como ya vimos puede estar condicionada.

Al menor infractor se le ha imputado un hecho delictivo y se encuentra frente un proceso penal al final del cual puede ser declarado culpable y donde se le puede imponer una pena. Este hecho puede provocar una elección rápida de un programa que le puede permitir evitarse el anterior proceso, sin tener en cuenta el esfuerzo que debe realizar. El trabajo del mediador consiste en hacerle ver el significado de la elección hecha para que modifique su percepción inicial y aún así acepte reparar.

Por parte de las víctimas puede suceder que no vean las ventajas que pueden obtener y desestimen este proceso de forma precipitada sin tener suficientes elementos para saber que les puede aportar. Es necesario suplir este déficit con información clara sobre el proceso de mediación, ayudándoles a encontrar y definir sus intereses. De esta forma se podrá conseguir una adhesión voluntaria.

La voluntariedad no se da necesariamente de forma espontánea y lo más habitual es que el mediador trabaje este aspecto, aportando sobre todo información y transparencia.

La entrevista con las partes

El trabajo previo con las partes es importante porque ayudará a conocer la posibilidad de llevar a cabo una mediación. El mediador en esta fase generará un clima de confianza que permita que tanto infractores como víctimas se expresen con naturalidad sin sentirse cuestionadas.

¹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española 1992.

Su herramienta de trabajo básico será la entrevista y ésta procurará ser muy dinámica y abierta, buscando la máxima participación de los actores. Con sus preguntas ayudará a que expresen su malestar y que éste pueda ser abordado entre ellos, así como que saquen de sí mismos lo mejor para solucionar el conflicto que los enfrenta.

A través de la entrevista, no solo obtendremos información sino que también intentaremos producir cambios a partir de la reflexión.

Durante esta etapa varias serán las cuestiones sobre las que el mediador deberá incidir de forma prioritaria. A grandes rasgos el esquema que sigue la entrevista es el siguiente.

Objetivos:

- Conocer la dimensión del conflicto según la visión de cada uno.
- Conocer su disponibilidad y capacidad para participar en el programa.

Elementos que se trabajan:

1. Información:

- sobre el funcionamiento de la Justicia Juvenil.
- sobre el Programa de mediación y reparación.
- sobre el rol del mediador.

Es muy conveniente que las partes conozcan bien el programa que se les ha propuesto. Sin esta información no podrán escoger cuál es la alternativa que prefieren.

2. Aspectos que permitirán al mediador valorar la viabilidad:

- La versión de cada parte sobre los hechos.
- Actitud e intencionalidad ante el hecho.
- Objetivo de la denuncia y expectativas hacia la justicia.
- Cómo viven y definen el conflicto.
- La capacidad de cada uno para ponerse en lugar del otro.
- Motivación para solucionar el conflicto.
- Interés en la búsqueda de soluciones.
- Capacidad para reparar y ser reparado.
- Materialización de soluciones concretas, realizables por el menor y útiles para la víctima

Nos centramos mucho en el hecho y las consecuencias y circunstancias que lo rodean, así como en las posibilidades de que ese hecho pueda ser asumido y reparado. A veces las consecuencias de la conducta van mucho más allá de la intencionalidad del infractor y esto puede dificultar la mediación. Es el caso de los accidentes que pueden tener consecuencias irreparables para la víctima. Ante una situación de este tipo tenemos que valorar si es adecuado enfrentar a las partes a una situación que en sí misma, es irreparable.

2. Valoración de la información obtenida

Una vez que se han llevado a cabo las entrevistas con las partes, y antes de decidir el paso siguiente, el mediador hace un análisis de la situación en la que se encuentra el caso, para decidir cuál es el camino más conveniente a seguir.

La valoración se hace a partir de las siguientes variables:

- Tipo de conflicto existente y sus posibilidades de ser reparado.
- Actitudes y aptitudes de las partes para solucionar el conflicto.
- Opiniones y ofertas concretas de las partes, para la solución del conflicto.

Una vez hecho el análisis, y si se considera conveniente continuar con el programa, el mediador puede optar entre:

- Un programa de reparación por iniciativa de las partes

Cuando el infractor y su familia informan que llegaron a un acuerdo con la víctima, el mediador se

pondrá en contacto con ésta para confirmarlo. Si se confirma el aspecto anterior y se da por resuelto el problema, el mediador informará sobre esta situación para que se valide a nivel judicial.

- Un programa con participación de la víctima

Cuando el menor infractor y la víctima están dispuestos a solucionar su conflicto por esta vía. Consiste en un programa de mediación entre partes para que sean ellas mismas las que lleguen a los acuerdos que permitan la reparación de los daños o la solución del conflicto.

- Un programa sin la participación de la víctima

Cuando no es posible la participación de la víctima, bien porque no se puede conectar con ella, bien porque no quiere participar o porque no es conveniente su participación. En este caso se facilita la posibilidad de que el menor infractor demuestre su interés en reparar o lleve a cabo otras soluciones extrajudiciales tal como se contempla en el Reglamento.

Artículo 5. Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales

f) *“No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a éste la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad”.*

- Devolver el caso para que continúe el proceso

En algún caso, llegado a este momento de reflexión, no se considera conveniente la continuación del proceso de mediación, aunque en un principio se consideró que sí. Los motivos de este cambio pueden provenir de:

1.- Algún elemento nuevo respecto al menor infractor que hace pensar al mediador que este menor no será capaz, o no muestra suficiente interés para llevar a cabo el programa.

2.- El interés explícito de la víctima para que continúe el proceso judicial. Este aspecto se tiene en cuenta sobretodo cuando los hechos tienen una gravedad importante.

En estos casos se informa a la Fiscalía de menores para la continuación del proceso judicial.

3. Ejecución del Programa

A) Programas con participación de la víctima: La Mediación

En este apartado podemos encontrarnos con dos modalidades: la primera cuando la víctima está dispuesta a participar directamente en todo el proceso, y la segunda cuando quiere participar pero prefiere no encontrarse directamente con el infractor. En el primer caso hablaremos de mediación directa o cara a cara y en el segundo será a través del mediador o mediación indirecta.

Mediación indirecta

Con este concepto pretendo reflejar las situaciones en las que a las víctimas les supone un gran esfuerzo enfrentarse al victimario y nos piden que a través nuestro, se le haga llegar a la otra parte su petición. La mayoría suele dar el tema por solucionado y finalizado y piden que se transmita la idea de que lo que quieren es que persista la situación de ausencia de conflictividad, conseguida a partir de que se puso la denuncia. Muchas de estas víctimas aceptan una carta de disculpas con el compromiso de no reincidencia.

Otra situación que puede darse es la demanda de una determinada cantidad de dinero en concepto de daños o similares. En estos casos el mediador debe evitar convertirse en “el chico de los recados” que va de una parte a otra con propuestas, contrapuestas y críticas que para nada facilitan la resolución de los acuerdos. Se tendrán que enmarcar muy claramente las reglas de esta intervención y establecer un límite muy claro a partir del cual si no se produce el acuerdo, lo negocian directamente o lo dirimen en Tribunales.

Mediación directa o cara a cara

Si es conveniente y si las partes así lo quieren, se produce el acercamiento y el encuentro entre ellas.

Con el encuentro se crea un espacio de comunicación que permite que ambas partes hablen de su

situación, de sus motivos y de las repercusiones que han tenido en ellos los hechos. Cada uno tiene que hacer un esfuerzo para poder entender al otro, facilitando un espacio de atención y escucha para poder reflexionar sobre los aportes que hace el otro.

Abordar y clarificar los hechos es importante para poder entender la situación en la que se encuentran. El infractor puede explicar, justificar y rectificar su conducta. La víctima puede conocer los motivos de tal conducta y evitar así la creación de fantasías. A su vez puede explicar las repercusiones que esta conducta ha tenido en ella. El infractor puede ver en toda su dimensión los resultados de su acción, cerrando un círculo que permite descubrir una nueva realidad que no hubiesen podido descubrir ellos solos. El encuentro entre ellos permite valorar por uno mismo si las explicaciones que se piden y dan, son sinceras o no. Este es el primer paso para que las partes recuperen la calma y se dispongan a trabajar hacia el futuro.

Para que el encuentro pueda ser positivo, el mediador lo estructura en etapas que permitirán abordar con orden los distintos elementos a trabajar. La estructuración del proceso y el clima generado a partir de la conducción del mediador es lo que ha de permitir a las partes llegar a los acuerdos que permitan una salida válida al problema existente.

Es muy importante en todo el proceso —quizás en este espacio de forma especial— el rol que jugará el profesional. El mediador será un profesional con mucho poder sobre el proceso, pero no sobre el resultado. No debe llevar ese proceso hacia un resultado concreto, y si trabajar para motivar e incentivar a las partes para que saquen de sí mismas lo mejor y para que decidan implicarse y buscar una solución. La solución ha de ser la que planteen las partes, no la que al mediador le pueda parecer mejor.

El mediador, en la medida de lo posible —en este ámbito y en todos—, a pesar de lo difícil que pueda resultar, ha de mantener una cierta imparcialidad y neutralidad. Es un término que, si ustedes quieren, sería motivo de otro debate; pero como mínimo ha de tender a ello.

Los acuerdos a los que pueden llegar las partes en el encuentro pueden ser muy variados y a título de ejemplo pueden consistir en:

- Un intercambio de explicaciones dadas mutuamente, con todas las posibilidades sobre su punto de vista sobre los hechos pasados, su situación actual y los deseos o compromisos de futuro.
- Un pacto para la restitución material de los daños: una indemnización económica, una reparación del objeto dañado o una prestación en beneficio del perjudicado.
- La realización de una actividad en favor de la comunidad, donde la víctima valora el esfuerzo del menor infractor, reconociéndole explícitamente su predisposición.
- La renuncia de la víctima a su derecho a la indemnización a cambio de que el menor infractor haga entrega de la cantidad acordada a una entidad sin ánimo de lucro.
- La entrega o intercambio de regalos o de algún detalle que sirva para mostrar a una parte la actitud conciliadora de la otra.
- Una combinación de las anteriores.
- Otras, en función del conflicto a resolver y el criterio de las partes.

Por supuesto, se recoge en el documento de acuerdos que, después, se enviará —anexo al informe— a la Fiscalía de Menores. El fiscal de menores es el que validará ese proceso de mediación, en tanto y en cuanto solicitará al juez de menores la continuación del expediente o el archivo de la causa.

B) Programas sin participación de la víctima

En determinadas ocasiones, no se puede optar por un programa como el descrito anteriormente. En estos casos, se puede optar por un programa sin participación de la víctima.

Los motivos de esta ausencia de participación pueden ser debido a que:

- No se puede conectar con la víctima: porque no es conocida, porque no responde a las cartas y/o llamadas telefónicas.
- La víctima no quiere participar en el programa: porque se desentiende del problema, lo deja en manos de la justicia, no quiere mantener ningún contacto con el menor infractor.
- No es conveniente su participación: por estar movida exclusivamente por ánimos de venganza, sus demandas son excesivas.

- Casos donde no existe una víctima concreta.

A pesar de la no participación de la víctima, el menor infractor puede mostrar un interés reparador importante y tener la necesidad de demostrar su capacidad de esfuerzo.

Este tipo de programas quieren comprobar y recoger el nivel de compromiso de este infractor así como su interés y predisposición para reparar. En definitiva se trataría de saber si habría sido capaz de reparar realmente a la víctima en el caso de que esta hubiese participado directamente en el programa de mediación y reparación.

Las alternativas entre las que puede optar el mediador están relacionadas con los hechos y con las características del menor, como por ejemplo:

- Entrevistas entre menor y mediador.
- Reflexión escrita sobre los hechos y sus consecuencias.
- Actividad en beneficio de la comunidad o que sirva al menor para entender mejor la importancia del daño causado.
- Tareas socioeducativas.

Valoración final del programa

Una vez acabada la fase de ejecución del programa, sea cual sea la opción tomada, el mediador hace una valoración sobre cuáles han sido los resultados del proceso seguido.

Esta valoración se centra principalmente en el menor infractor, ya que es a él a quien se dirige la acción de la justicia por el hecho de haber cometido una infracción penal.

En la valoración el mediador analiza:

- La responsabilidad que ha demostrado el menor infractor durante el transcurso del programa.
- El esfuerzo realizado para llegar a la solución del conflicto.
- El cumplimiento de los compromisos adquiridos.
- La reparación que efectivamente ha recibido la víctima.
- La valoración de las partes respecto al resultado de la mediación.

Se consideran positivos aquellos procesos que han permitido a las partes la solución de su conflicto. También se valoran como positivos aquellos programas en que el menor ha podido demostrar su responsabilización y su interés reparador, aunque no se haya podido reparar de forma efectiva el daño causado a la víctima. En estos casos el mediador hace un informe positivo del caso a la instancia judicial.

En los casos donde la valoración final del mediador no es positiva, también se informa pero sin entrar en detalle sobre los motivos. Será entonces necesario el informe sobre las circunstancias del menor y a partir de ese momento probablemente continúe el proceso judicial.

Cabe destacar que casi en un 95 por ciento de los casos en los que el fiscal había informado que podía desistir —y en la mayoría de los casos en donde el proceso de mediación había sido exitoso—, se acabó el proceso y no se llegó a juicio.

Resultados del Programa

Tipología de casos atendidos

El año 2004 se atendieron 1.406 menores:

1. Sexo:

- 1.189 chicos (84,57%)
- 217 chicas (15,43%)

2. Edades

- 15 años (21,55%)
- 16 años (28,66%)
- 17 años (25,89%)

3. Nacionalidad:

- españoles (86,34%)
- extranjeros (13,66%)

El 2004 no fue uno de los años en que más menores atendimos. Este año, por ejemplo (por 2006), llevamos muchos más.

Con relación al género, destacar que los encuentros de mediación son muy diferentes en función de si son chicos o chicas. Curiosamente, el abordaje de la situación y el tiempo que se requiere hace que, de alguna forma, el tiempo que debamos dedicar también sea diferente.

Como notarán, la mayor parte de nuestras intervenciones se lleva a cabo con jóvenes de 16 y 17 años españoles. Aunque el porcentaje de extranjeros va aumentando, de momento se mantiene en el 13.66 %.

Resultados del programa

Positivos

- | | |
|--|--------|
| · Conciliación con la víctima | 43,49% |
| · Conciliación con reparación económica | 20,95% |
| · Conciliación con reparación no económica | 7,62% |
| · Reparación a la comunidad | 4,92% |
| · Actividad educativa | 9,13% |
| · Rescate interés reparador | 23,41% |

El concepto *conciliación con la víctima* implica la petición de disculpas por parte del infractor y su aceptación por parte de la víctima.

Cuando hablamos de *conciliación con reparación económica* nos referimos a que además de lo definido anteriormente hay que añadir una compensación económica por el daño sufrido.

Conciliación con reparación no económica implica un compromiso por parte del infractor de realizar determinadas acciones sociales en beneficio de la víctima.

Cuando la conciliación implica una reparación a la comunidad quiere decir que la actividad se realizará en beneficio de la comunidad pero es el resultado del acuerdo alcanzado con la víctima.

La actividad educativa implicaría más un trabajo de contenido reflexivo como por ejemplo la asistencia a charlas o bien la elaboración de trabajos relacionados con el hecho cometido.

Cuando hablamos de rescatar el interés del menor en reparar queremos recoger las situaciones en que por causas ajenas a la voluntad del menor no se ha podido llevar a cabo la conciliación y el mediador considera que la actitud ha sido positiva y que no es necesario realizar ninguna otra actividad educativa.

Como vemos el mayor porcentaje de éxito implica la presencia de la víctima en cualquiera de sus modalidades.

Negativos

- | | |
|--------------------------------|--------|
| · Por actitud del infractor | 90,38% |
| · Por decisión fiscal/mediador | 9,61% |

Se considera una respuesta negativa cuando el proceso se ha iniciado pero no se concluye con éxito. Esto puede ser debido a la falta de implicación del infractor, o bien a que la Fiscalía en la medida que avanza la investigación puede obtener elementos que le hagan replantearse la oferta inicial.

Como vemos, la mayoría de los casos que finalizan sin éxito es debido a la actitud del infractor.

Sobre responsabilidad civil

· Renuncia total	90,56%
· Renuncia parcial o condicionada	2,21%
· No renuncia	7,23%

Este aspecto implicaría los acuerdos que contemplan la responsabilidad civil y trata de recoger los casos en los que se ha llegado a acuerdos.

Como vemos por la distribución, en la mayoría de los casos se produce una renuncia total por parte de la víctima a reclamar civilmente por los daños ocasionados. A este acuerdo se llega bien porque se ha recuperado el valor de lo dañado o porque se ha producido una reparación moral.

Cuando hablamos de renuncia parcial o condicionada nos referimos a situaciones en las que se está a la espera de la realización de una actividad o bien al cobro del último plazo.

En la no renuncia se recoge que la víctima independientemente de los acuerdos asumidos en relación a la responsabilidad penal quiere reclamar por los daños que ha tenido. Esta situación normalmente implica daños muy cuantiosos o lesiones graves con secuelas importantes donde se desconoce su posible evolución. Las partes de común acuerdo pueden decantarse por el veredicto de un juzgado.

Forma

· Con participación de la víctima y con encuentro	47,08%
· Con participación de la víctima y sin encuentro	26,54%
· Sin participación de la víctima	17,37%
· Reparación a iniciativa de las partes	9,01%

Como su nombre indica, la forma implica la manera en que se han conseguido los resultados del programa. Vemos por tanto que mayoritariamente la víctima tiene una presencia muy activa tanto si lo hace directamente participando en el encuentro como indirectamente a través del mediador.

Tiempo

· 0-1 mes	16,77%
· 1-3 meses	49,83%
· 3-5 meses	22,34%
· Más de 5 meses	11,06%

Hemos de decir que, mayoritariamente, los procesos de mediación se realizan entre uno y tres meses, estando más cerca de tres meses que de uno. Luego, hay algunos que se demoran más debido a diferentes situaciones como, por ejemplo, gestiones para llevar a cabo una actividad, casos en los que hay multiplicidad de víctimas. Nos hemos encontrado con expedientes que, a lo mejor, tienen quince o veinte víctimas. Evidentemente, eso demora el proceso porque hay que intentar localizar a cada una de ellas.

Víctimas: Muestra 1.616 perjudicados

Personas: 62,25%

· Hombres	59,34%
· Mujeres	40,66%
· Menores de 18 años	40,87%
· Mayores de 18 años	59,13%
· Conocidas	45,53%
· Desconocidas del entorno	26,48%
· Totalmente desconocidas	27,99%

Destacar que nos estamos refiriendo a las personas físicas que son la mayor parte de las víctimas con las que trabajamos. El mayor porcentaje corresponde a hombres mayores de 18 años que en el 45% de los casos son conocidas del entorno del infractor.

Víctimas: Muestra 1.616 perjudicados

· Institucionales:		37,75%
o	Empresa privada	28,20%
o	Empresa familiar	10,49%
o	Empresa pública	6,72%
o	Escuelas	7,38%
o	Ayuntamientos	17,87%
o	Metro	2,79%
o	RENFE (Ferrocarriles)	2,79%

En lo que se refiere a víctimas institucionales suponen el 37.75 % del total de las víctimas atendidas en el programa. La mayoría de este tipo de víctimas suele ser empresas privadas seguida de los Ayuntamientos.

Víctimas: Muestra 1.616 perjudicados

- 80,12% aceptan participar en el programa
- 19,88% rechazan participar en el programa

En cuanto a la participación de las víctimas en el Programa, de un total de 1.616 víctimas, el 80,12 por ciento acepta participar en el programa y el 19,88 por ciento lo rechaza. Entiendo que es un índice bastante importante sobre todo cuando se tiene la idea de que las víctimas no quieren participar.

Consideraciones finales

Para finalizar me gustaría comentar algunos aspectos que me parecen importantes.

El primer aspecto tiene que ver con la gravedad de los hechos delictivos ya que en general cuando hablamos de mediación penal es fácil encontrar opiniones contrarias. Hay quien cree que en este ámbito solo se debería mediar en hechos delictivos de poca entidad y quien opina que de hacerlo así, lo único que se conseguiría es ampliar la red de control social.

La experiencia de menores comenzó trabajando en casos leves y evidentemente esta fue una de las críticas que se nos hizo. Así pues este ha sido un tema sobre el que se ha reflexionado y debatido sin encontrar la fórmula que nos indique el mejor camino. Continúa habiendo opiniones a favor y en contra pero lo cierto es que la experiencia ha permitido que cada vez más los fiscales confíen en el proceso y deriven casos más graves.

Personalmente, y partiendo siempre de lo que he ido viendo a través de la práctica, creo que la mediación penal tiene sentido cuando se trata de delitos de cierta entidad en los que se ha producido algún tipo de afectación. Si no se da esta previa, es difícil que las partes, sobre todo en el caso de la víctima, se presten a iniciar un proceso de este tipo. Si no hay afectación en el autor y en la víctima, lo único que logramos es hacerles perder el tiempo.

Así pues, si no tomamos determinadas medidas, estos programas también se pueden convertir en un ejercicio de control social, pues estamos interviniendo en hechos que, a lo mejor, quedarían archivados sin más. Sin embargo, como contrapartida, si somos nosotros los que damos por supuesto cuando un hecho es grave o no lo es, también estamos quitando la posibilidad de que la víctima pueda, de alguna forma, catalogar u opinar sobre esa situación; es decir, si le ha afectado o no. Encontrar el equilibrio es ciertamente difícil. Creo que hay que tener en cuenta estas variables para no excedernos en nuestro trabajo y buscar una fórmula que lo haga compatible.

También quiero destacar la importancia de la especificidad del rol del mediador. En ese sentido, abogo para que la dedicación del profesional asignado a trabajar en el ámbito penal, que quiera hacer mediaciones, sea exclusiva. Me parece importante que su rol quede claramente diferenciado de otras funciones y acciones que se llevan a cabo en el marco de la justicia juvenil, y en todo caso, si tiene que realizar alguna función más, éstas estén relacionadas con métodos de justicia restaurativa o bien impliquen otras soluciones extrajudiciales. El mediador no debería tener que enfrentarse a la dualidad que supone realizar un informe para asesorar a un Juez sobre la conveniencia o no de aplicarle una sanción, en un caso en el que ha dirigido un proceso de mediación.

Bibliografía

Diez, Francisco y Tapia, Gachi. "Herramientas para trabajar en mediación". Paidós mediación nº9. Barcelona 1999.

De la Cámara, Gimeno, Soler, "La mediación en el ámbito penal: la experiencia en Catalunya. Dossier de apuntes Instituto Superior de Estudios Psicológicos (ISEP). Barcelona 2001.

Peters, Tony y Aertsen, Ivo. "Justicia reparadora. En búsqueda de nuevos caminos en el trato del delito". Universidad católica de Lovaina. Bélgica 1994.

San Martín Larrinoa, María Begoña. "La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)". Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Julio de 1997.

Tamarit Sumalla, Josep M^a. "La reparació a la víctima en el dret penal". Justícia i societat nº11. Centre d'estudis jurídics i formació especialitzada. Barcelona 1993.

Nuevos retos que plantean los menores al Derecho, publicación de las II Jornadas sobre Derecho de los Menores con el título "La mediación en la Justicia Juvenil: La experiencia de Cataluña, Universidad de Comillas. Madrid 2004.

Revistas

Justicia i Societat N° 19. "La mediación penal". Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona mayo de 1999.

Justiforum N° 8. "Monogràfic sobre Justícia Juvenil". Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona diciembre de 1997.

Temps D'Educació N° 19. Revista de la Divisió de Ciències de l'Educació. "Els programes de mediació i reparació en l'àmbit de la justícia juvenil" Charo Soler Roque i Robert Gimeno Vidal. Universidad de Barcelona. Septiembre de 1998.

Mediación Víctima- Ofensor en la Justicia Juvenil. Publicación de Defensa de los Niños internacional-Uruguay. Montevideo, 1999.

Cuadernos de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y Adolescente "Revista de la Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente", nº 28 segundo semestre de 1999.

Herramientas "Revista interdisciplinaria sobre temas de Justicia Juvenil". Publicación de Defensa de los Niños Internacional-Uruguay. Montevideo 2000.

LA EXPERIENCIA VENEZOLANA EN JUSTICIA PENAL JUVENIL*

En principio quiero agradecerles a los compañeros por la invitación que le hicieron al Consejo Nacional de Derecho en la persona de la presidenta Luisa Rodríguez, que en este momento se encuentra de viaje rumbo a España, por lo que no pudo asistir. Nosotros trabajamos con ella. Ella es del gobierno y nosotros de la sociedad, pero convivimos, no sé hasta dónde, pero esa es una particularidad del proceso.

Yo observo que el problema se quiere desenvolver en el marco de las preocupaciones y yo no sé si la experiencia de Venezuela da alguna respuesta. Honestamente no sé si la experiencia de Venezuela se podría colocar dentro del marco de las buenas prácticas. Yo creo que hay una práctica allá, pero no sé si pasan de ser unas prácticas, lo que sí sé es que no son especulaciones.

Porque Venezuela, y contextualizaré un poco lo que voy a plantear en relación con la Ley Orgánica, tiene como contexto cuarenta o cuarenta y cinco años de gobierno reformista, de tradición democrática representativa y de una justicia convencional más o menos adecuada a un orden democrático representativo -yo creo que de base constitucional tradicional- signado fundamentalmente por la trilogía que constituye la relación entre el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial.

Los sistemas electorales unifican la forma de cómo se racionaliza el comportamiento general de estas tres estructuras; el gobierno, el poder ejecutivo y el legislativo, que legisla no sé si para que las cosas cambien o si para que se genere un conflicto en las políticas públicas y en cómo se orientan éstas.

Lo cierto es que en Venezuela ese mecanismo, ese proceso, esas realidades se agotaron a fines de los años 90. Fueron agotados a través de las alternancias que se produjeron desde 1958 hasta fines de los años 90, y que por supuesto tenía sus antecedentes hacia 1936, de donde surge la política de la infancia.

En Venezuela la política de la infancia surge, como en toda América Latina, muy signada por el asistencialismo, revestido un poco de pediatría más que de juridicidad, porque la juridicidad era tutela sobre el niño, no sobre los derechos.

Digo a fines de los 90 porque en Venezuela se suceden hechos que trastocan las bases constitucionales y políticas de esta sociedad, sin lo cual es difícil comprender el esfuerzo que se pudiera estar haciendo en este momento por la infancia, no porque no formara parte de la agenda política de la democracia, pero formaba parte de una concepción tutelar que aún hoy existe, y conviven ambas realidades.

Sin embargo, la profundidad del cambio constitucional que se produce con la nueva Constitución plantea, en principio, un problema que gusta mucho a los que trabajan con las leyes, esto es, si lo relativo a la Constitución debe ser un conjunto de principios muy generales, que tenga un carácter normativo más que garantista o imperativo desde el punto de vista de su compromiso.

Y una de las discusiones que se producen a propósito de la emergencia del proceso constituyente en Venezuela es exactamente si se trataba de reformar un marco jurídico o de refundar una República. Se optó por lo segundo, y optó la ciudadanía, porque hubo un referéndum posteriormente a la elección de quienes redactamos la Constitución, el cual fue consultivo.

Puede cuestionarse que todo el mundo no está informado sobre la Constitución, que no fue una discusión de todo el pueblo, todo eso se puede decir, pero hubo una actitud de la sociedad en general para respaldar la nueva búsqueda, el nuevo desafío, y plantearse crear una nueva base constitucional.

En el marco de esta nueva base constitucional surge la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es una Constitución de refundación de una sociedad.

No hay parches en el camino, no hay visiones parciales o fragmentadas sino que existe una visión estructural. Esa visión se ratifica en Venezuela a propósito del golpe de Estado que se dio al presidente Chávez.

* Lenin Romero, miembro del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Bolivariana de Venezuela.

Cuando se suceden los acontecimientos posteriores al proceso constituyente y al conjunto de cambios que se hicieron desde el gobierno, sectores conservadores, incluso sectores vinculados a la izquierda tradicional, a la social democracia, a la democracia cristiana, al socialismo democrático, a gente progresista de distintos caminos, universitarios, fraguan las bases de cuestionamientos de un orden político y de un régimen político, y tumban al gobierno.

Las fuerzas armadas respaldan ese movimiento, el cual dura como veinticuatro horas. En ese tiempo los militares no se pudieron poner de acuerdo, los políticos tampoco, no hubo consenso, no hubo mediación y no quedó más nada que ir a buscar al Presidente.

Yo digo que esa es como la tapa del frasco, ahí tienen la alternativa.

O sea, se produjo un fenómeno interesante de alternancia constitucional, de consolidación de una forma política de Estado y de un marco de relaciones de convivencia que, de alguna manera, expresaron una voluntad mayoritaria.

Desconocer estos hechos nos podrían llevar a no entender el rol que las leyes que se están desempeñando en la búsqueda de un camino democrático pacífico, de transformación hoy en marcha hacia el socialismo.

Ayer me preguntó alguien si esa no será una idea vieja, y yo le dije que creo que sí, que es una idea de 1844. Lo que pasa es que ya no estaba en la agenda pública de América Latina, no estaba en la ideología de América Latina y menos, por supuesto, en forma alguna de gobierno. Porque, de algún modo, la experiencia socialista existente ha devenido en negativa por los resultados que tuvieron expresión en todos los sucesos que transformaron la historia en este momento y que hoy tienen su correlato concreto en alguna forma de gobierno. Por supuesto que eso no es lo que Venezuela se ha planteado; eso debe estar claro. La perspectiva es otra.

No se puede resolver la deuda con la infancia desde el punto de vista social si no se ataca estructuralmente el problema, si no se va al fondo, a la incorporación de la familia al protagonismo en la toma de decisiones públicas en asuntos que le conciernen. No es una visión distinta de las familias, en este caso. Entonces, el centro de la política está colocado en ese terreno, la visión está puesta sobre ese faro.

Esto lo digo con bastante propiedad, porque a mí me tocó trabajar en la comisión que redactó la Constitución en materia de derechos de las familias y los niños, y tuvo su expresión práctica en el compromiso de la esposa del Presidente en la conducción, no sólo de esta comisión en el Parlamento sino posteriormente en la institucionalidad que surge, que es la institucionalidad del sistema de protección a la infancia.

Ese sistema de protección no fue diseñado en estos cambios institucionales que se producen a propósito del proceso constituyente. El marco jurídico de más de diez años de lucha de la sociedad civil confrontando al Estado clientelar y a las tendencias neoliberales de conformación de procesos políticos para atender a los problemas de la infancia sobre los costos, el rendimiento y la eficacia, fueron llevados al seno de esta Constituyente de manos del pueblo, de los muchachos y de los delincuentes que también participaron del proceso.

Allí se nos planteaba un problema: Cómo hacer responsabilidad sin ser responsable; cómo puede el Estado construir la responsabilidad.

Si es un Estado centralista, de tres poderes, como son los nuestros, y en particular el de Venezuela, que es una Federación centralista, evidentemente que no es posible. Por eso el marco constitucional habla de cinco poderes y de una recomposición del esquema del sufragio que sostiene la estructura del Estado y crea lo que es el poder ciudadano, el consejo moral republicano, que es un órgano cuya elección es separada y distinta a la elección de diputados. Porque allá desapareció el Senado, entre otras cosas, porque se concibió que el esquema era burocrático y que debía ser reducido a un tipo de representación, a un tipo de conexión - como ustedes llaman- provincial o estatal que rindiera cuentas a sus municipios, a su Estado, que de alguna manera estuviera vinculado progresivamente y fuera sujeto de remoción por parte de un referéndum en el momento en que hubiera cumplido el cincuenta por ciento del tiempo que le correspondía.

Esta composición crea una nueva relación donde el Poder Ejecutivo, de alguna manera, debe rendir cuentas al poder ciudadano, donde el Poder Ejecutivo no sólo recibe la legitimidad de la ciudadanía sino que tiene el control por parte de ésta sobre el Presidente, sobre los legisladores y da mayor independencia al Poder Judicial y al poder ciudadano.

Por eso en este momento hay una lucha en Venezuela por la reforma de la ley para incorporarla en el marco del poder ciudadano. Porque vamos hacia la construcción de un poder popular que va a funcionar con asambleas y mucha participación para la construcción de una nueva sociedad.

Esto sobre las bases de una perspectiva socialista, que no es otra cosa que una democracia radical en su desarrollo relativo al bienestar, a la propiedad y a la forma de acceder a la creación de condiciones para que la población tenga oportunidades; no acceder a oportunidades sin que haya condiciones.

Y hay un componente, de algún modo económico, que surge de elementos de posibilidad, que es el petróleo, para hacer rendimientos en materia social, en materia general de las familias, de los niños y de los adolescentes con el compromiso concreto de reducir las condiciones de pobreza.

Nosotros tenemos un país muy rico y muy pobre, las dos cosas. Tenemos bastantes recursos y bastante pobreza. El 95 por ciento de la población está en condiciones de pobreza y hay una clase media bien empobrecida. Entonces, ahí se nos plantea un problema de desarrollo, no sabemos si va por debajo o por encima, no se sabe hacia dónde hay que ir para igualar y para resolver los problemas que, obviamente, involucran a la familia. Esto ha supuesto la estructuración de un Poder Ejecutivo también variable.

Yo creo que en estos cinco o seis años de gobierno han pasado no menos de cincuenta o sesenta ministros; ministro que se cuestiona lo echan; ministros que no responden, afuera; ministros que hacen piquete, afuera.

Eso hace bastante inestable el sistema, pero es bastante controlable desde el punto de vista del tipo de gobernabilidad que hay, porque es una gobernabilidad fundamentalmente asentada sobre el poder popular que tradicionalmente fue excluido en ese proceso de agotamiento del sistema político y económico. Esa gente está incorporada en los procesos de organización.

Por ejemplo, esa gente tiene participación en las distintas organizaciones del pueblo. En el caso nuestro se definió en instancias concretas la participación de la sociedad de diferentes maneras, tanto en los consejos locales de planificación como a nivel de las asambleas de ciudadanos como en la representatividad para el control social.

Entonces, ahí hay una contraloría social nacional en manos de la gente.

No sé si esa es una buena práctica o no, pero lo cierto es que en los hospitales hay gente que es usuaria y que está organizada para ello; lo mismo en las escuelas y en las políticas públicas municipales. Y ahora, en la última elección que se celebró hace aproximadamente un año, cambió la composición política del país: veinticuatro estados, trescientos cincuenta y cinco municipios, de los cuales sólo dos estados quedaron en entidades políticas distintas a la del gobierno en donde ganó la social democracia. Sin embargo, la social democracia buscó vínculos para la legitimidad con el gobierno central.

Es decir que hubo un cambio y, tal como se ha dicho en Venezuela, los responsables de lo que ocurra ahora no podemos buscarlos en otros que no sean quienes tienen la responsabilidad del ejercicio del poder público en general.

El poder público hoy forma parte de un proceso que se legitimó en el amanecer del 11¹ pero que cobró fuerza electoral posteriormente y hoy forma parte de una fuerza estructurada.

En ese contexto surge la Ley Orgánica de protección, que tiene dos caras. Por un lado los 10 años que anteceden a las luchas confrontándose con los sectores particularmente vinculados a la social democracia y, por otro lado, la emergencia y aceptación del proyecto de ley que estaba más o menos diseñado y que aceptó incluir el constituyente en la Constitución de 1999.

Es decir, todo el título séptimo de la Constitución entronca con la visión garantista del proceso jurídico que se había diseñado y que hoy forma parte de un proceso constitucional, dándole las dimensiones legales que esta estructura tiene.

Entonces, en Venezuela hay una práctica bien compleja. Está la práctica de protección, que tiene que ver con todos los asuntos civiles, y está la práctica penal, que tiene que ver con todo lo que estamos discutiendo aquí, pero ambas coexisten dentro de un mismo sistema.

¹ Nota del Editor: el autor se refiere al 11 de abril de 2002, fecha de un fallido golpe de Estado contra el presidente Hugo Chávez.

Esto significa que antes había veinte jueces en el país y ahora hay mil cuatrocientos, entre jueces y fiscales, concursados, debatidos públicamente y controlados. O sea que hay una nueva especialización.

Sin embargo, si bien existe esta especialización en el trabajo con los niños y adolescentes, si no hay promoción popular, organización del pueblo y participación de la gente, también hay que judicializar.

Las prácticas del procedimiento, lo que es mío y lo que no es mío, son ideológicamente poderosas y se reproducen como hormigas, haya revolución o no haya revolución. Eso lo observo. Y en esta discusión, en la cual veo que hay como mucha fe en el enfoque garantista, en los nuevos sistemas de Derecho, advierto que nosotros tenemos una experiencia.

Por ejemplo, en materia de protección, la reproducción progresiva del esquema del abogado en profesionales no abogados, porque es un equipo multidisciplinario, tienden a estructurar la rutina del nuevo sistema, aún cuando esté territorializado, desconcentrado. Porque los problemas relativos al delito o a la protección, en general, son problemas complejos y si no se tiene el respaldo público del gobierno o de la estructura no se llega a nada, pasa más a las esperanzas, a las fantasías y no a lo que uno aspira como profesional, que es a la construcción posible de una cosa distinta.

En ese sentido, creo que advertir es una buena práctica. Si pudiéramos estar frente a la necesidad de un cambio, aún cuando sea en condiciones de refundación, tenemos que alertar sobre la importancia que supone la calle, la gente, el pueblo organizado, su coexistencia, para que él participe de la toma de decisiones.

Muchas defensorías nuestras, por ejemplo, están a nivel de los municipios, de los barrios y de las organizaciones en un sistema nacional integrado, y tienden a no entender el problema que ustedes están discutiendo acá sobre las medidas después de la decisión del juez, o antes. Este es un problema profundo y real.

Hay una transformación profunda de la estructura, una modificación sobre la base de la responsabilidad o de la transformación de la conciencia como parte de la toma de decisiones en la cual se participa.

Este es un problema también a considerar. Creo que esta parte habría que subrayarla.

También está la otra: la coexistencia entre la sociedad y el gobierno para conformar el sistema.

El sistema nuestro no sólo es federal sino también autónomo en cada nivel territorial, y no tiene conexión en el sistema sino que lo articulan los procedimientos que el sistema realiza, tanto el de responsabilidad penal como el de producción.

Es también interesante discutir el tema de la composición. Nosotros tenemos una composición paritaria, siete del gobierno y siete de la sociedad electos por voto directo y secreto de la gente que participa. En el caso de los del gobierno son representantes calificados de éste, pero fundamentalmente a estas estructuras terminan yendo los amigos del gobierno, los familiares, las hermanas de los gobernantes, aún en procesos de cambio, de transformación y de aspiraciones profundas de que el cambio modifique las condiciones de desigualdad en el cual se está. Esto también hay que revisarlo.

La vieja relación entre un Estado que excluyó con unos ciudadanos que fueron excluidos genera también su propia circunstancia. Por lo cual, muchas veces uno se pregunta si será verdad que Luisa nos acompaña o si nosotros podremos acompañar a Luisa, porque esa es la discusión que se va a dar allí.

Hay que buscar también la mediación en el sistema de protección y en el sistema penal, porque a veces se presentan conflictos por tradición, por una tradición no procuradora de acuerdos, no clara en intereses, no adecuada a los procesos de cambios que se están planteando.

Cada vez que cambia un ministro cambian también los personajes; esto genera una inestabilidad progresiva dentro del sistema.

Nosotros seguimos sosteniendo que es importante que la sociedad participe paritariamente, aún con estos problemas, porque se trata de controlar al gobierno.

Lo que hay que buscar en esa participación es un pueblo organizado, porque en la medida en que el pueblo está organizado en relación a esa participación, que son niños, adolescentes, familias y comunidades, no solamente disminuyen las condiciones por las que las políticas públicas no tengan intereses más claros a nivel de los municipios, por ejemplo, sino que permitiría la evaluación de resultados, lo cual daría mayor consistencia dentro de todo el sistema de protección.

Entonces, nosotros hemos resuelto la parte de especialización del sistema penal y la parte de protección también, con problemas.

Y digo con problemas porque ayer había una crítica bastante sustantiva sobre el fondo de las orientaciones de la Convención y los instrumentos internacionales en su aplicación a las políticas nacionales que presentan algunos vacíos que deben ser analizados en las condiciones de cada país. Y, en este sentido, por ejemplo, el mayor esfuerzo que se ha puesto en la protección en Venezuela lo ha puesto la Universidad Católica; el resto de las universidades han estado muy rezagadas. Estamos hablando de setenta u ochenta instituciones rezagadas, vale decir, con visión tutelar.

El otro problema es que los operarios con los cuales se mueve esta política pública, que fue diseñada a nivel de los municipios, de los Estados, tienen su complejidad porque en la transición a la nueva ley orgánica se previó que el Instituto Nacional del Menor, que era la institucionalidad que el Estado tenía para ejercer la tutela en el país, ejerciera la primera gobernación en este proceso y que esto diera cauce a su liquidación como institución pública facilitando los convenios de autogestión, para los municipios y los Estados. Eso ha sido duro porque parece que tiene muchos intereses. Los niños para eso son importantes, generan muchas cosas, muchos recursos. Pero atenderlos y respetarlos como ciudadanos de derecho se hace difícil. Esto ha tenido dificultades.

En este momento nos encontramos frente a una experiencia que tiene que ver con un planteamiento y que voy a mencionar aquí. Nosotros pensamos que la discusión nos llevó a estar de acuerdo en el desarrollo de programas y servicios a nivel municipal como son los trabajos comunitarios, la libertad asistida. Es decir, este enfoque más allá de la privación que debe ser una excepción.

Nosotros nos hemos planteado la necesidad de transversalizar la problemática de la protección en esta visión amplia, dentro de todo el currículum escolar venezolano: desde antes de nacer hasta la educación universitaria porque la educación —y con esto perdónenme mis compañeros abogados— no es para castigar a la gente sino para liberarla, para transformarla. Y el librito nos dice que tenemos que incorporar el llamado Programa Socio-Educativo. A mí me gusta más el enfoque socio-penal que deberíamos analizar “garantistamente” para ver como lo transformamos. Pero, también plantearnos una visión transformadora y no reproductora de la educación.

La responsabilidad que tenemos construida es la que hemos construido históricamente. Es por ello que nosotros hemos planteado la necesidad de una educación bolivariana lo que provocó que mucha gente tiemble dentro y fuera de Venezuela porque cree que se le va a “meter” el proyecto de cambio político que el país tiene. No es así. Es el desarrollo humano integral formando parte de la concepción de Derecho y la práctica de una nueva escuela vinculada a la resolución de estos problemas. Es decir, si tiene que haber mediación, conciliación o lo que fuere que lo lleve a cabo la escuela en su conexión para la sociedad. ¿Por qué hay que quebrantar la relación de la escuela con la sociedad? Nosotros queremos la escuela abierta para que la gente entre a ella. Entonces, dentro de este marco vinimos trabajando muy modestamente porque es muy sensible en Venezuela. Incluso, en mi país hay una consigna que dice: “con los hijos míos no te metas”. Es decir, eso entraña toda una complejidad sobre todo en educación porque pareciera que en esa área la forma de adoctrinar a la gente no son los comportamientos sino las ideas. Hay gente que piensa eso sin medir la relación existente entre los comportamientos y los cambios de las ideas. Esto lo digo porque lo que ha ocurrido es que ha cambiado el esquema y el imaginario colectivo no dándose cuenta de esto los partidos tradicionales, lo que lleva a que se encuentren un “poquito” perdidos. Hay que estar pendiente de esto porque la sociedad cambió, la sociedad aspira a otra cosa.

En ese sentido, nosotros pensamos que la estructuración de una transversalización en el currículum de formación de la protección integral y los derechos humanos constituye una herramienta importante para la incorporación y la inclusión. Nosotros tenemos la asistencia del 98 por ciento de los muchachos a la escuela y el 2 por ciento afuera. Eso es en la matrícula y no en el total de la población. Nosotros tenemos once millones de muchachos. Y el objetivo es incorporar esos once millones en distintos tipos de programas, como por ejemplo las misiones que se han llevado a cabo para erradicar el analfabetismo, los problemas de prosecución en la escolaridad y de quebrantamiento de esa relación con la familia y la

gente, todo dentro del sistema formal.

Lo que nosotros decimos es que debiera estructurarse un plan dual que guarde relación con la responsabilidad penal del adolescente y con su formación alternativa. Pero, como programa de iguales. Nadie me dice que este muchacho que hoy está en la escuela no es el que mañana esté en tu municipio. Si yo lo tengo estructuralmente como una política nacional, lo tengo en todas partes. Y si quiero que sea un sujeto de derecho, que ejerza su condición de tal, no sólo tiene que saber adónde acudir, cómo hacerlo y para qué, sino que también a qué atenerse porque este proyecto de ley ciertamente “desjudicializa” pero responsabiliza. Es más compleja. Le quita el paternalismo al asunto porque a los doce años lo somete a sanción y también a los catorce, dieciséis, dieciocho si sigue.

Entonces, la alternativa que ofrece la revolución es que todo el sistema social responda por los niños, que la actuación intergubernamental haga problema de los once millones de niños y adolescentes por su familia, para una conversación de a tres. Es decir, entre el Estado, la comunidad y la familia a través de la municipalización, la desconcentración y llevando a cabo políticas públicas articuladas. Nosotros hemos venido trabajando desde esta órbita.

Ahora bien, no sé si esta práctica ayuda en algo, pero lo único que observo es que es posible. También es cierto que tiene muchas dificultades, muchísimas incomprensiones y resistencias. A su vez, estos jueces garantistas también son positivistas. Estos fiscales garantistas también lo son. No pueden hacer una ruptura de hoy para mañana. Pareciera que en Venezuela hay que hacerla porque la ruptura es estructural y tiene que ver con la apertura de un proceso de construcción de una nueva sociedad. Eso es todo.



EXPERIENCIAS NACIONALES

LA EXPERIENCIA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES*

Centraré mi análisis en una serie de contenidos teóricos que considero fundamentales para analizar la posibilidad de la aplicación concreta de la mediación penal en el marco de los criterios de oportunidad, que es la experiencia sobre la que trabajó el INECIP en la provincia de Buenos Aires.

En este análisis teórico—inicial, creo que es válido preguntarnos cuál es la función del derecho penal en un Estado democrático. Todos sabemos que el derecho penal, inicialmente, tipifica conductas de los individuos y les aplica una determinada sanción. El derecho penal y el proceso penal funcionan de acuerdo a normas constitucionales, sobre las cuales debe adecuarse y, supuestamente, delimitarse su accionar.

Sin embargo, es sabido que la realidad social argentina muestra que actualmente el sistema penal no ofrece las respuestas que la ciudadanía reclama, y allí aparece la mediación penal, en el marco de los criterios de oportunidad reglados. A esta altura, considero que todos saben a qué me refiero, es decir, a la oportunidad de que el titular de la acción pública, el Ministerio Público Fiscal, pueda desistir de la acción, dadas determinadas condiciones. Por supuesto, siempre hablamos de criterios de oportunidad reglados, o sea, que estén específicamente aclarados por el legislador en la norma procesal. Nosotros consideramos que la mediación penal es la oportunidad de solucionar ese déficit que observamos en el Estado democrático en la actualidad.

Continuando con ese análisis, se consideran importantes todas las leyes de menores, tanto la 22.278 en el ámbito nacional, como la 10.067 en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, que es la Ley de Patronato. Ambas representan lo que conocemos como “paradigma de la situación irregular” y reflejan los pensamientos del positivismo criminológico en su máxima expresión, como ya todos lo conocemos ampliamente. Sin embargo, hoy la criminología ha evolucionado hacia construcciones más críticas, centra su análisis en la teoría de la reacción social y da una mayor importancia al pensamiento jurídico penal.

En esto se concentra el nuevo pensamiento de la dogmática penal: la reacción social, del conjunto de la sociedad, ante el hecho delictivo, y cómo regular, desde la dogmática penal, esa reacción social. Creo que ese es el desafío de todos los operadores jurídicos: racionalizar al máximo esa reacción social. Me parece que la mediación penal es una oportunidad para racionalizar el ejercicio del poder punitivo.

Por otra parte, considero primordial remarcar el concepto de política criminal. Considero que la política criminal de un Estado —como ya todos sabemos— es la política estatal sobre los órganos de control social. Y esa política que se aplica debe estar orientada a resolver los conflictos de una sociedad, teniendo en cuenta desde ya las conductas violentas que se presentan en una sociedad en tiempos de paz. Ahora bien, esa política criminal no puede ser otra cosa que un conjunto de decisiones, de instrucciones, de reglas, orientadas claramente a la resolución de los conflictos, de lo contrario, si pierde de vista cuáles son los conflictos que tiene la sociedad y se cae en una letra muerta que es muy difícil de sustentar en el tiempo.

Por eso, considero que esa política criminal tiene dos elementos fundamentales: uno, que está reglado por el conjunto de conductas que esa sociedad considera que deben ser punibles —es decir, cómo circunscribe esas conductas y cómo las sistematiza— y en una segunda etapa, cuál es el procedimiento que esa sociedad elige para resolver esos conflictos y quiénes serán los encargados de hacerlo.

*Mariano Ezequiel Muzio, Investigador del Centro de Estudios sobre Justicia Restaurativa del INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), Provincia de Buenos Aires, CEJUR.

Estas dos decisiones son fundamentales para sustentar la política criminal de un Estado democrático y están interrelacionadas desde el punto de vista jurídico social en forma constante. En ese sentido, la dogmática penal y la dogmática jurídica han avanzado al interrelacionarse con otro tipo de conocimientos —ya sean las ciencias sociales o las ciencias políticas— permitiendo evolucionar el pensamiento de los juristas y la dogmática en general a fin de solucionar este aspecto.

Cuando hablamos de política criminal, resulta esencial remarcar cuáles son los elementos que debe tener una política criminal de un Estado democrático y cuáles deben respaldarse.

Ante todo, el principio fundamental es el de la mínima intervención: el poder penal sólo puede intervenir en las faltas graves, y cuando decimos “graves” nos referimos a conductas que afecten bienes jurídicos fundamentales aceptados por el conjunto de la sociedad.

Entonces, el derecho penal no soluciona miles de conflictos y creo que no debemos perder nunca de vista esa problemática.

Otro punto fundamental que deseo destacar sobre la política criminal son los límites absolutos que debe tener un Estado en el ejercicio del poder punitivo. Este límite debe plasmarse en forma concreta tanto en la legislación que estructura el proceso penal como en la normativa de fondo. También debe tenerse en cuenta la transparencia del poder penal y la posibilidad de controlar el ejercicio del poder punitivo por parte de las agencias ejecutivas y, sobre todo, de la agencia judicial. Debemos apuntar a una política criminal en la que las sanciones sólo puedan ser establecidas por la agencia judicial, es decir, desde el poder jurisdiccional.

Otro elemento que considero fundamental es la posibilidad de la participación ciudadana a través de un juicio por jurados, que en este caso, es el factor esencial para que la ciudadanía participe en el momento primordial de un proceso penal, que es la determinación de la culpabilidad de un acusado mediante un veredicto. Luego, será el juez profesional quien se encargue de determinar el momento o el quantum de la pena.

Otro aspecto que deseo remarcar es el del control de la ejecución penal y las condiciones de detención de las personas privadas de la libertad en nuestro país. Todos sabemos las condiciones en la que viven muchos de los condenados, e inclusive procesados, en las unidades carcelarias, y esta situación no puede permanecer al margen de una política criminal de un Estado Democrático.

Creo que todos estos elementos son importantes para analizar el actual proceso penal.

Todos sabemos que el proceso penal que rige en Argentina en el sistema nacional o en el de la provincia de Buenos Aires responde al principio de legalidad. Ese principio inicialmente surgió del Iluminismo como una forma de limitar al ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, hoy observamos que es una gran trampa que está en nuestro proceso penal, ya que el conjunto de las conductas que ha tipificado el legislador, dentro del proceso de inflación penal en el que nos vemos inmersos, representa una dificultad imposible de superar por parte de los operadores, representa un gran obstáculo para continuar y proseguir la persecución de una cantidad de delitos que es imposible de abarcar desde los medios con que cuentan los operadores judiciales en la actualidad.

Por eso, desde el INECIP consideramos que la mediación penal, dentro del marco de los criterios de oportunidad, puede otorgar la posibilidad concreta de resolver los conflictos que se plantean en el ámbito de la sociedad, rompiendo con este paradigma que ya claramente la realidad ha considerado que está caduco.

La Secretaría de Mediación Penal se encuentra dentro de la órbita de la Fiscalía General que, a su vez, circunscribe su accionar dentro del ámbito de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires.

Entonces, el ámbito institucional es la Fiscalía General. Ahora bien, ¿cuál es la procedencia de los casos en los que interviene el Centro de Mediación? Pueden provenir de la Unidad Fiscal de Instrucción, del Juez de garantías —que puede enviar directamente el caso al Centro de Mediación— o a pedido de las partes.

Quisiera aclarar y destacar cuál es el ámbito normativo en que se brinda la posibilidad de aplicar la mediación penal en la provincia de Buenos Aires. Si bien estas jornadas sirven para informar, es sabido que la provincia de Buenos Aires no cuenta con una ley de mediación penal. Por lo tanto, la posibilidad de aplicar la mediación penal se ve sustentada, desde el punto de vista legislativo, gracias a diversas

normas. En principio, la norma fundamental es la Carta Magna de la provincia de Buenos Aires, que en su artículo 15 se refiere, obviamente, a la administración de Justicia y reconoce todas las garantías a los imputados y a los ciudadanos de la provincia. Luego, se reconocen los artículos 86 y 87 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, texto posterior a 1998 con las sucesivas reformas. Y hay otros dos artículos esenciales de dicho Código que deseo destacar: son los artículos 56 y 56 bis, que fueron incorporados por la Ley 13.183, sancionada en el año 2004.

El artículo 56 faculta al representante del Ministerio Público Fiscal —titular de la acción penal en la órbita de la provincia de Buenos Aires— para ejercer criterios de oportunidad. Esto significa desistir del ejercicio de la acción penal cuando él considere que existe la posibilidad de una reparación concreta del daño, lo cual le permite resolver el asunto y desistir de la acción penal.

Con respecto al artículo 56 bis —al que se lo clasificó como “criterios especiales de archivo”— el legislador considera que puede aplicarse el criterio de oportunidad en tres incisos fundamentales. En primer lugar, cuando se aplique el principio de insignificancia, teniendo como límite que el delito en abstracto no supere la pena de seis años de prisión.

En segundo término, considera que puede aplicarse el criterio de oportunidad cuando el accionar del imputado haya generado un daño en su persona y considere que la aplicación de la pena fuera desproporcionada.

Y finalmente, en el inciso c), considera que puede aplicarse en aquellos casos en que otros hechos imputados a la misma persona imponen una pena mucho más severa que el delito donde se aplica el criterio de oportunidad. Sin embargo, dicho artículo considera que, al momento de determinar la posibilidad de los criterios de oportunidad, debe tenerse en cuenta la existencia de un acuerdo concreto, de un acercamiento entre la víctima y el ofensor, y claramente debe constatarse si el ofensor o el imputado tiene la voluntad de reparar el daño o si ya lo ha reparado y, en todo caso, si no lo ha reparado en forma concreta, cuál es la voluntad de repararlo. Esos criterios serán tenidos en cuenta al momento de decidir finalmente el archivo definitivo de las actuaciones.

Cabe recordar que tanto en este artículo como en todos los mencionados anteriormente —el 86 y el 87 como así también en las normas de archivo tradicionales, artículos 268 y 290 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires— la víctima siempre tiene la posibilidad de impugnar este archivo de las actuaciones. Esa facultad está consagrada en el artículo 83, inciso 8, del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Por lo tanto, puede apelar ante el fiscal departamental, quien finalmente decidirá si la causa se archiva o no.

En consecuencia, ese es el marco normativo que abre la puerta a la posibilidad de la mediación penal.

En cuanto a las características del proceso de mediación, sabemos que la mediación penal es la oportunidad de un encuentro seguro y estructurado en el Centro de Mediación ante un tercero imparcial, que es el mediador, y cuyo objetivo es buscar la posibilidad de acuerdos concretos que no deben surgir del mediador sino de las partes, pues son ellas las que se deben acercar y tratar de resolver el conflicto, estructurando acuerdos parciales que claramente puedan ser cumplidos en el futuro, de lo contrario, no sirven para nada, es una pérdida de tiempo para las partes y, sobre todo, para el mediador, porque es un desgaste sin sentido y el conflicto queda sin resolución.

Por otra parte, se pueden realizar acuerdos parciales cuando las partes no están de acuerdo. El mediador penal puede entrevistarse en forma solitaria con cada una de las partes hasta que se pueda llegar a un acuerdo definitivo. Generalmente, el método de los acuerdos parciales cumple con esa finalidad.

Finalmente, debemos remarcar que el procedimiento siempre debe ser voluntario: nunca las partes pueden ser acercadas compulsivamente a una mediación, de lo contrario, la mediación penal carece de toda finalidad.

El índice de cumplimiento de los acuerdos es más que importante. Es muy difícil encontrar causas donde, una vez logrado un acuerdo y las partes hayan firmado ese convenio, no se llegue a un cumplimiento.

También hay un índice sobre el tipo de delitos sometidos al Centro de Mediación, la intervención y los resultados obtenidos. Tanto las causas de daños, de violencia familiar o de robo simple son muy positivas a la hora de aplicar la mediación penal.

Por último, me gustaría remarcar como conclusión cuatro aspectos fundamentales de la posibilidad de aplicar la mediación penal dentro de los marcos de los criterios de oportunidad.

Consideramos que la mediación penal puede ser la salida o una de las salidas. Por supuesto, no es la solución definitiva ni vamos a inventar nada, pero sí creemos que puede ser un aporte importante para resolver el déficit que tiene este Estado democrático y, sobre todo, dar así una respuesta concreta a miles de problemas que escapan, claramente, al proceso penal actual y que no pueden ser resueltos dentro de ese marco, con las características rústicas y cerradas que tiene nuestro código de rito.

La única manera de que funcione esta posibilidad es aceptando por parte de los operadores jurídicos nuestro rol, es decir, “desjudicializando” el conflicto, dejando de lado esa consideración que tienen muchos juristas o muchos operadores jurídicos que consideran que resignar la competencia es un pecado mortal. Creo que la posibilidad de brindar un elemento para resolver el conflicto debe estar por encima de apetencias personales o de esa batalla por la competencia que, muchas veces, se transforma en un sin sentido que deja de lado la problemática y, sobre todo, a la víctima y al ofensor, que son los protagonistas del conflicto.

También considero que la posibilidad de aplicar la mediación penal debe darse en un marco voluntario—como dije con anterioridad— y exclusivamente en aquellas posibilidades donde haya un acercamiento entre la víctima y el ofensor. Creo que este puede ser un elemento para mejorar la convivencia del conjunto de la sociedad.

Y, por último —nunca está de más aclararlo, aunque sea redundante— considero que el rol del proceso penal y el rol de la mediación penal deben restablecer la paz social. Ese debe ser el objetivo de todos los juristas y de todos los operadores del sistema.

PROGRAMA DE LIBERTAD ASISTIDA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES*

En lo personal quería agradecer que puedan considerar a la Libertad Asistida como una buena práctica. Esto significa que se pueda entender el espíritu que implica trabajar con adolescentes en conflictos con la ley penal en su medio y fuera del sistema de institucionalización.

Una sola cosa quería aclarar: Libertad Asistida también trabaja con jóvenes en conflicto con la ley penal antes del juicio, no únicamente de forma posterior al juicio. Esto después lo ampliaré pero me parecía algo importante, sobre todo por la concepción que esto implica para el abordaje de la problemática de estos jóvenes en estas condiciones.

El Programa de Libertad Asistida pertenece a un área global, que es el Programa Nacional de Justicia para niños, jóvenes y adolescentes en situación de vulnerabilidad socio penal, cuya coordinadora es la doctora Marcela Principato, y abarca tres áreas: una es el área de instituto de tratamientos de conducta, los llamados institutos, que son para situaciones extremas, o deberían serlo; el sistema de residencias, que son jóvenes que no se encuentran privados de su libertad pero sí se encuentran fuera de su núcleo familiar, en una residencia con un régimen particular; y el Programa de Libertad Asistida, que está dedicado a jóvenes en conflicto con la ley penal. La diferencia radica en que se trabaja en su medio comunitario y familiar.

Este programa es coordinado por la licenciada Elba Picallo. Fue creado en el año 1991 y fue sufriendo modificaciones de acuerdo a las necesidades y el contexto social. Actualmente atiende un promedio mensual de 430 jóvenes, un número mayor a la cantidad de los que se encuentran internados en este momento. Está destinado a adolescentes de ambos sexos de entre 12 y 21 años, los cuales pueden ser derivados por Juzgados de Menores, Juzgados Orales de Menores, y desde hace un tiempo a esta parte estamos recibiendo una cantidad importante de jóvenes provenientes de juzgados federales.

No es excluyente ningún tipo de causa para que el joven sea derivado a Libertad Asistida. Esto lo aclaro porque, en otros países, el hecho de poder ser incorporado o no al Programa de Libertad Asistida está relacionado con el tipo de causas que generó el proceso judicial.

Los chicos pueden tener antecedentes institucionales o no tenerlos. Esto quiere decir que puede ser una alternativa para evitar la institucionalización o como seguimiento de la institucionalización para lograr una mejor inserción; o sea que es una herramienta que se puede utilizar en distintas alternativas.

Nosotros creemos que la exclusión social y la modificación de los valores dominantes generan en estos adolescentes, y en muchos más, una situación extrema: las ausencias de proyectos y la falta de ideales que se corresponden a un vacío interno del adolescente.

Esta afirmación que parece bastante abstracta, se puede pensar de un modo más concreto. Es decir que el contexto social, sumado a una historia familiar, genera un vacío tan importante en el joven que éste no puede insertarse de una manera diferente en la comunidad ni tomar aquellas cosas que se le brindan.

Por eso hay una premisa que es diferente en este tratamiento, nosotros partimos de la base de que estos jóvenes no piden el tratamiento, vienen derivados directamente de los juzgados, con lo cual el trabajo más difícil que tenemos y al que apuntamos en un principio es a lograr que eso que fue una indicación judicial a partir de una situación conflictiva, sea tomado como una posibilidad de ayuda por el joven y su familia.

Si bien enviamos a los juzgados bimestralmente informes por medio de comunicaciones telefónicas o asistiendo personalmente a los Juzgados, no informamos sobre las particularidades de la vida privada del joven y su familia, sino de su evolución global. Si nosotros logramos pasar por esta primera etapa y que este tratamiento no quede únicamente en el plano de la indicación judicial obtendremos muy buenos resultados; mucho mejores de los que cualquiera podría llegar a pensar.

* Marisa Kelmesz, Supervisora Profesional del Programa de Libertad Asistida, Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

El objetivo general del Programa es atender a jóvenes en conflicto con la ley penal en su medio familiar y comunitario como alternativa a la privación de libertad y como acompañamiento al egreso de los institutos.

Hay objetivos específicos relacionados con los jóvenes, su familia y la comunidad.

En relación al joven, el primer objetivo que nosotros nos proponemos es favorecer la formulación de un proyecto de vida alternativo al que lo ha conducido a la situación de riesgo, partiendo siempre de sus necesidades, posibilidades e intereses. Esto implica ser muy respetuoso de los deseos del joven.

Muchas de las familias de los jóvenes que son asistidos se encuentran con las necesidades básicas insatisfechas. Esos son los chicos con los cuales nosotros trabajamos; por lo cual, nosotros somos muy conscientes de que hay que partir de las necesidades y posibilidades reales, porque sino todo lo que hagamos no tiene ningún sentido.

Por otro lado, se trabaja intensamente para que el joven se instale, luego de un tiempo y un proceso, en ámbitos comunitarios existentes de acuerdo a sus necesidades.

Muchas veces la educación se encuentra ligada a la Formación Profesional, la alfabetización o algún recurso educativo ligado a la capacidad del joven. Si alguno tiene la capacidad y desea incluirse en el sistema escolar tradicional, si es necesario se lo acompaña en la inscripción, se trabaja con la familia para que lo estimule y lo acompañe en este proceso. En muchos casos se trabaja conjuntamente con la dirección, los docentes y el Gabinete psicopedagógico del colegio. Si hay algún programa alternativo al tradicional dependiente del Gobierno de la Ciudad en el que los jóvenes se puedan insertar, también se los acompaña. La realidad es que para nosotros "educativo" es aquello que le brinde cualquier herramienta de formación que al joven le beneficie.

Muchas veces los espacios recreativos son muy importantes, tanto desde el punto de vista de lo social como también por lo que implica para el joven saber que alguien en algún lugar lo espera, y así aprender a sostener una actividad con regularidad. Es decir que realizamos un trabajo articulado con los lugares en donde se van insertando los jóvenes, sea el lugar que sea.

También es muy importante en el campo laboral acompañar a estos jóvenes. Nosotros trabajamos con jóvenes de hasta 21 años, y la realidad es que a partir de los 16 ya empiezan a insertarse laboralmente. Uno podría desconocer esa realidad, pero no sirve; por lo cual, tratamos de brindarles los mejores medios para que puedan insertarse dignamente en algún trabajo, y acompañarlos en este proceso.

Muchas veces podemos lograr que se complemente con un proyecto a nivel formativo. Esto implica que dentro de unos años va a tener una mayor capacitación y el trabajo que consiga cuando sea mayor de edad va a ser mejor y más digno.

Otro aspecto es la salud. En general son jóvenes y familias bastante excluidas del sistema de salud y se trabaja con ellos sobre esto. Hay algunas situaciones que son extremas y deben ser atendidas con urgencia, y otras que no son extremas pero que nunca fueron atendidas adecuadamente.

A veces es significativo el hecho de que algún profesional pueda acompañar al joven al hospital en una situación límite, como por ejemplo una puñalada, o una sobredosis, o hacerlo simplemente cuando está muy engripado y nunca nadie lo acompañó para que la gripe sea tratada adecuadamente. Es bueno que un profesional, más allá de trabajar en entrevistas y hablar con el chico para que pueda entender por qué llegó a todas estas situaciones, pueda acompañarlo y mostrarle que está presente y que las cosas también se pueden hacer de otra manera.

Me parece que es importante saber qué implica nuestro trabajo. Implica compromiso social, implica un abordaje profesional en el cual se pueda analizar la situación y ayudar al joven a comprender y comprometerse con la realidad, pero también es necesario cierto acercamiento afectivo. Acercamiento que facilita el logro de importantes cambios. Si uno permanece en una posición de total asepsia es imposible abordar esta situación.

Una cosa muy importante para nosotros es que el joven pueda desarrollar la capacidad de pedir y recibir ayuda ante las situaciones problemáticas, que comprenda esta situación de alarma; que cuando el adolescente vea que está por meterse en algún problema pueda advertirlo.

Hay algunos recursos que son externos y otros que a partir de lo externo empiezan a internalizarse. Cuando uno les brinda algunos elementos el adolescente empieza a considerarlos. Para que esto suceda es imprescindible un tiempo significativo de trabajo.

Es necesario trabajar sobre la historia del joven, comprometerlo con ella pero hay que pensar cuándo,

dónde y cómo, y evaluar si éste es capaz de soportarlo. Comprometerlo con su historia no quiere decir recordar su historia en pos de nada, sino que implica que el joven pueda reconocerse e incluirse en la misma.

Todos sabemos, y sobre todo en este país, que si uno no conoce y reconoce la historia los efectos son devastadores. Muchos de estos adolescentes no la reconocen porque la misma es tan dolorosa, que es insoportable; otras veces porque simplemente no la conocen. Cuando ésta es insoportable, antes de empezar a abordar la misma, uno trata de armar una estrategia de contención para que cuando se trabaje sobre algunos de sus aspectos, ello no genere tanto dolor que caiga en el vacío y genere situaciones más conflictivas. En cambio cuando esta historia se desconoce es importante ayudarlo a construirla.

Nosotros consideramos la familia en un sentido amplio y los referentes afectivos son aquellas personas significativas para el joven. No nos limitamos a trabajar con la familia tradicional.

A partir de comprometerse con su historia y con su presente lo que nosotros queremos lograr es que tenga mayor responsabilidad en relación a sus actos. Si uno conoce cuál es el origen posiblemente también entienda el por qué de sus actos.

En algunos casos el objetivo que nos proponemos es que tomen conciencia de la necesidad de realizar un tratamiento específico. ¿Qué quiero decir con esto? Hay jóvenes que han transitado por varias instituciones alternativas, comunidad terapéutica o institutos. No se ha dedicado tiempo ni se ha diseñado una estrategia para que el adolescente sea conciente y acepte una internación o un tratamiento ambulatorio específico.

Muchos juzgados derivan a los jóvenes a este programa para que se realice este trabajo de concientización en relación a la necesidad de un tratamiento específico. En ese caso, si lo logramos, el objetivo de Libertad Asistida se ha cumplido.

Por eso, en Libertad Asistida nos planteamos objetivos puntuales en relación a cada caso y a cada chico, más allá de los enunciados como objetivos generales. Estos operan como un marco de referencia para nuestro abordaje.

Otro aspecto fundamental en este tratamiento es que los adolescentes puedan reflexionar sobre sus vínculos afectivos y, si es necesario, que los modifiquen o simplemente que los reorganicen, lo cual no es tan simple. Por otro lado, fomentar el encuentro con pares que tengan una inserción social más adecuada y no estén expuestos a situaciones de tanto riesgo.

En relación a la familia, nosotros intentamos promover una participación más activa de ésta, que se haga cargo en parte del conflicto por el que está atravesando el joven. Cuando esto se logra, en general, el nivel de actuación de los jóvenes desciende notoriamente.

También hay familias que deben tomar conciencia de la necesidad de realizar tratamientos específicos, por ejemplo, de violencia familiar o en relación a la patología de alguno de sus miembros.

También intentamos favorecer la inserción de las familias en ámbitos comunitarios alternativos que desconocían. Muchas veces la gente no conoce todos los programas existentes, no solamente el otorgamiento de subsidios, sino el trabajo comunitario que se desarrolla dado que nadie se los informó. Por eso tratamos de acercarlos hacia ellos y así poder prevenir conductas de riesgos de otros miembros de la familia.

Nosotros vamos a las casas de los adolescentes o a casi todas, porque lamentablemente en este momento hay lugares a los cuales no podemos acceder por el riesgo que esto implica. De todos modos es válido aclarar que en todos los lugares nosotros contamos con referentes comunitarios que nos acompañan y son los mismos jóvenes con los que trabajamos los que a menudo nos cuidan; lo que es más que importante en este contexto.

En relación a la comunidad, lo que nosotros intentamos es que los jóvenes acepten una inserción alternativa, que no sea únicamente la de la trasgresión y marginación y así generar lazos sociales de mayor compromiso mutuo.

En referencia con la articulación federal, es un objetivo promover espacios de intercambio y brindar asistencia técnica en el caso que fuera necesario.

Durante un período hemos viajado a muchas provincias para trabajar y se construyeron experiencias muy interesantes, obviamente respetando la idiosincrasia de cada lugar, porque esto es fundamental para saber lo que implica una inserción alternativa y comunitaria de los jóvenes en conflicto con la ley penal en cada lugar. No se trataba de decir "hagamos esto" sino "nosotros hacemos esto, qué hacen ustedes, qué se puede hacer de todo esto"; este fue siempre el espíritu con el cual se trabajó.

En cuanto a la metodología de trabajo, nosotros contamos con operadores. La mayoría son psicólogos, todos tienen experiencia en trabajos comunitarios o en acompañamiento terapéutico. Aclaro esto porque es muy difícil contar con psicólogos que demuestren la flexibilidad necesaria para entender un abordaje terapéutico diferente a un tratamiento habitual en un medio no convencional.

El equipo de profesionales está dividido en cuatro zonas. Trabajamos en Capital y hasta un radio de 25 kilómetros alrededor. Se determinó este radio por cuestiones estratégicas, partiendo de que somos nosotros quienes vamos hacia el lugar, una distancia mayor dificultaría el abordaje. Consideramos que si no trabajamos en el medio comunitario y no conocemos la comunidad no tiene sentido nuestro trabajo.

Como dije, estamos divididos en cuatro zonas, cada una de las cuales tiene once o doce operadores. Hay cuarenta y tres operadores, cuatro supervisores, y la jefatura del programa. Cada operador tiene a cargo a aproximadamente diez chicos. Tener a cargo a un joven implica trabajar con él, con su familia, y establecer —junto con la supervisión— los objetivos y las estrategias específicas para cada caso.

Esto implica establecer la frecuencia con la que se van a hacer las entrevistas, el lugar y con quiénes. Obviamente se realiza una revisión semanal en relación a los objetivos que nos propusimos, qué se pudo lograr, qué no y qué hay que modificar.

En el Programa de Libertad Asistida no se realiza un proceso de admisión, todos los casos que se derivan son admitidos, aunque hay una realidad; los tres primeros meses, si bien no son de admisión, se corresponden con un período de diagnóstico que nos permite arribar a una idea más clara de los objetivos y estrategias a desarrollar.

Como les dije, los operadores van al lugar donde está el joven. En general es el operador quien conduce la estrategia, dado que hay diversos agentes interviniendo, ya que se tiende a incluir al chico en distintos ámbitos. El operador trata de coordinar las entrevistas, los recursos institucionales e interinstitucionales, y todo en función de que el joven pueda concretar un proyecto alternativo de vida.

Para nosotros una herramienta fundamental es la entrevista, pero en un sentido amplio. Digo esto porque muchas veces nosotros acompañamos a los niños a realizar gestiones concretas, como ir al médico, a hacer el trámite para la obtención del D.N.I., a centros educativos y recreativos. Todos esos momentos los consideramos como parte de la entrevista.

La entrevista es fundamental ya que los jóvenes pueden hablar. Sabemos que cuando no se habla se actúa. Si nuestro objetivo es que socialmente se inserten de otra manera es necesario que puedan hablar, que puedan presentarse, pedir ayuda, decir cuáles son sus necesidades, etc.

Lo que nosotros consideramos como tiempo promedio para que un abordaje sea eficaz es un año; pero si se necesita un poco más se evaluará, y si se considera conveniente un período menor se obrará en consecuencia. Algunos chicos que son derivados no necesitan tratamiento, y en ese caso nosotros explicamos los motivos por los cuales consideramos que no lo necesitan.

Me parece importante realizar una pequeña síntesis de cuál es la diferencia entre el Programa de Libertad Asistida y otros programas institucionales. Partimos de la base de que:

1) los niños no piden un tratamiento, es una indicación externa; por lo cual un trabajo fundamental es que una indicación de un juzgado pueda ser tomada como una posibilidad de ayuda para el joven y su familia;

2) ni el joven ni su familia solicitan el tratamiento, por lo tanto es muy probable que no asistan al mismo, por lo cual somos nosotros quienes nos acercamos a su medio. Tanto el joven como su familia vivencian este acercamiento como facilitador del vínculo y por ende del abordaje terapéutico;

3) las ausencias a las entrevistas no las tomamos como un abandono sino como parte de un proceso. Consideramos que la presencia del operador, más allá de la ausencia del niño, determina el vínculo y permite contrarrestar una historia de tantas ausencias y

4) queremos romper con esa falsa dicotomía de lo individual y lo comunitario.

Los chicos que nosotros recibimos son consecuencia de la exclusión y de la vulnerabilidad, y nadie va a discutir esto, pero llegan con tal grado de deterioro que si uno no hace un trabajo personalizado para que ellos puedan salir de esta situación, uno les podrá ofrecer un montón de opciones, pero no las podrán aprovechar no porque no quieran sino porque no puedan.

Por lo cual, el trabajo es personalizado, y es importante que lo sea. Pero que sea personalizado no quiere decir que nosotros desconozcamos la realidad social en la cual están inmersos.

PROGRAMA DE MEDIACIÓN PENAL JUVENIL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS*

Mediación Penal con Jóvenes Imputables

Ante la propuesta de abordar el tema del título, corresponde previamente deslindar algunos conceptos que facilitan su comprensión. Así subrayo que cuando refiero la situación generada por infracciones a la ley penal por jóvenes calificados como imputables, cabe repasar la normativa que la contiene a los fines de ajustar una actualización que se impone desde la reforma constitucional de 1994 y los compromisos internacionales que asumió nuestro país.

I. Marco Normativo

Para esa franja etaria (16/18 años), la normativa aplicable en Argentina es la añeja Ley 22.278 (BO. 28-8-80) reformada posteriormente por la Ley 22.803 (BO. 9-5-83), 23.264 (1985) y 23.742 (1989) indexadas y restauradas con las reformas ingresadas por el portal del art. 75 inc. 22 Constitución Nacional (1994) y la normativa internacional consecuente, Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849), Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054, de 1984), Convención de Viena (ley 19.865, vigente 27-01-1980), (1) Reglas de Beijing (1985). Directrices de Riad (1990). Reglas de La Habana (1991). Reglas de Tokio, medidas no privativas de la libertad, (1990), (1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), (1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.10).

Asimismo la normativa internacional, amén de la supremacía, cuenta con la operatividad inmediata, como lo dijo la Corte Suprema en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” (CS, julio 7-1992), exige la remoción de los obstáculos que encontrare para su aplicación, (CSJN, Girolidi, Horacio D. y otro s/ recurso de Casación. Fallo del 07-04-1995), lo que es extensivo a las decisiones de la Corte Interamericana, como lo ha dicho en el caso Bulacio (18-9-2003).

La tarea del intérprete será filtrar la vieja legislación con el tamiz de estas nuevas disposiciones de raigambre constitucional para dar lugar así a la generación de un nuevo sistema actualizado que se ocupara de las infracciones a la ley penal cuya autoría se asigne a personas menores de 18 años de edad².

La piedra basal de ese nuevo régimen no puede desairar el mandato emergente de los arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no solo en cuanto a las garantías que los mismos exigen sino también en cuanto al compromiso asumido **“tomar todas las medidas apropiadas** para establecer leyes, **procedimientos**, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue (se acuse o declare culpables) que han infringido las leyes penales”³.

* Arsenio F. Mendoza, Programa de Mediación Penal Juvenil de la Provincia de Entre Ríos, Disertación realizada en las VII Jornadas Nacionales de Mediación, organizadas por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, agosto de 2005 y editado en Paraná, Entre Ríos, noviembre de 2005. Web: www.defensapropia.org.ar

¹ Ingresan al sistema normativo por el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

² La Justicia entrerriana dijo: “con arreglo a lo establecido en el art. 31° de la Constitución Nacional, el derecho positivo vigente que rige la situación de los menores sometidos a proceso penal emana básicamente de la “Convención sobre los Derechos del Niño” (cfme.: art. 75°, inc. 22, Const. Nac.) y de las leyes N° 22.278 -nacional- y la legislación provincial.” Agrega seguidamente: “Tales extremos normativos, que forman parte del propio ordenamiento constitucional, ponen inequívocamente de relieve el inconfundible espíritu garantista y tutelar que anima al régimen de menores, acorde con el cual debe interpretarse toda la regulación legal de rango inferior, aún cuando ésta en buena medida haga gala de una discrepante y controversial orientación más alineada, en verdad, hacia un modelo de defensa social, exigiendo al intérprete extremar los recaudos para evitar una aplicación de la ley que pueda resultar contradictoria con el espíritu y la letra de ese derecho positivo fundamental” (STJER, Caso: Cáceres, V. H. y Cáceres, D. L. - Falso Testimonio – Casación, expte.2480-49, fallo del 03/III/2003).

³ Ídem, la N° 52 de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Directrices de RIAD, ONU Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

II. La Transición

En el interregno que va desde el viejo al nuevo sistema legal, procede la exégesis de actualización de cuyo producto resultará un nuevo régimen de transición para los menores de 18 años de edad. Sabemos que nuestro país se comprometió a fijar una edad por debajo de la cual se presume que no hay capacidad para infringir las leyes penales (art. 40, 3; a). Así, no hay dudas de que la capacidad penal plena se inicia a los 18 años de edad, y eso incide en la idea que, por debajo de esa edad, diseñemos medidas alternativas a la pena. Tal postura se ve hoy reforzada con la sanción de la ley 26.061 que al diseñar un especial sistema de protección integral de los niños hasta los 18 años de edad, alejando con ello la alternativa de incluirlos en el campo de la responsabilidad penal.

Igualmente, concierne rescatar instancias insoslayables; como la necesidad que al producirse un hecho catalogado como delito, se realice el proceso de investigación que le es propio y común para jóvenes y adultos. Según los casos, podrá darse un trámite atinente a la protección integral, judicial o administrativo, si el autor fuere menor de 16 años; o será “tutelar” si tuviere más de esa edad y menos de 18 años, conforme con los artículos 1 y 4 inc. 3 de la ley 22.278.

Para que esa intervención judicial no sea una intromisión arbitraria, es preciso un diagnóstico que la legislación provincial suele definir como informe biosicosocial, y que tiene por finalidad corroborar el estado del joven y su proceso de desarrollo, obstáculos y carencias. Rol familiar, necesidad de asistencia económica y técnica. Informe médico, psicológico y social sobre tipo y nivel de tratamiento y programa que requiera el menor (argumento, N° 27, Reglas de La Habana).

El expediente “de protección integral” solo persigue revisar las denominadas situaciones de riesgos que agravan o amenazan el proceso de desarrollo de esa persona. En tanto, el tratamiento tutelar es un derecho que tiene la persona menor de edad por ser un requisito exigible para acceder a la absolució, o en su defecto a la escala penal de la tentativa (art. 4, ley 22.278). En esa visión ha de tenerse en cuenta que la internación es siempre el último recurso y se aplica por el menor tiempo posible (art. 37 CDN), procurando el uso de las medidas alternativas (art. 40; 4° CDN), que serán proporcionales al delincuente, el delito y la víctima, evitando la sanción meramente penal (Regla de Beijing N° 5).

III. Mediación Alternativa

En la búsqueda de esas alternativas y previo a detenernos en la mediación, reconocemos un importante antecedente normativo en el instituto de la **remisión**, contenido ya en la Reglas de Beijing que lo conceptúa como un modo de suprimir el proceso ante la justicia penal y el estigma de la condena, devolviendo el conflicto a alguna instancia de la comunidad, escuela, otras instituciones de control social oficioso, o la propia familia (Regla N° 11). Posteriormente, la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó las medidas alternativas sin recurrir a procedimientos judiciales, lo que calza en la remisión sin nombrarla (art. 40; 3°, b). Sucesivamente en el tiempo, la Corte Interamericana dijo: “es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos” (CIDDDH, OC-17/2002, N° 13).

Son las Directrices de Riad las que recomendarán establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes, que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. (N° 57. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Resolución 45/112, 14-12-1990). Igual prevención practican las Reglas de La Habana, cuando recomiendan un mediador independiente para los conflictos de los jóvenes privados de la libertad (N° 77, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución 45/113, 14-12-1990).

No podemos obviar una breve referencia a lo que consideramos la introducción de la mediación en nuestro Código Penal, cuando en el nuevo art. 132, autoriza a la “víctima mayor de 16 años a proponer un avenimiento con el imputado”. Será aceptada la propuesta libremente formulada, en igualdad y con comprobada relación afectiva preexistente, y que sea el modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso, la acción penal quedará extinguida.

IV. El Programa de Mediación Penal Juvenil en Entre Ríos

En esa trama normativa se ha diseñado el programa de capacitación y entrenamiento para aplicar la mediación penal juvenil en la Provincia de Entre Ríos como una opción al tratamiento tutelar que exige la vía del art. 4 de la Ley 22.278, requisito ineludible para acceder a la absolución o a la aplicación de la escala penal en grado de tentativa. El mismo fue declarado de interés judicial por Acordada N° 41/2004 del Superior Tribunal de Justicia.

Por eso, y en ejercicio de facultades propias, he instruido a los Defensores Públicos de la provincia para que propongan en las causas en que intervienen como Defensores o Ministerio Pupilar, la mediación como una especie de tratamiento alternativo al encierro o internamiento y con el fin de cumplir los recaudos del art. 4 ley 22.278.

Esa instancia demanda un diagnóstico sobre el joven y su proceso de desarrollo; otro sobre la familia y sus dificultades para sostener ese proceso de desarrollo, juntamente con las opciones que cada caso amerita. Importa igualmente la participación de la víctima. Son esos tres puntos determinantes en la decisión judicial de mediación sustitutiva del tratamiento tutelar del art. 2, 2º ap.; art. 4, inc. 3º, ley 22.278, usando recursos públicos o privados (art. 3 bis, ley 22.278).

No se recomienda la confección de un listado de hechos “mediables” ya que ello dependerá siempre de las personas involucradas, y de la evaluación que en cada caso realice el Tribunal de la causa. El mismo contará con un plazo mínimo de un año, no pudiendo ir más allá de los 21 años de edad del autor y concluido que sea con resultado favorable, será el Juez competente para la integración de sentencia, el encargado de valorar esa instancia junto a los demás recaudos y si las “modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa” (art. 4 Ley 22.278). Si la sanción no fuere necesaria, se podrá absolver al autor del hecho.

Con ese piso se pone en marcha en nuestra provincia la Mediación Penal con jóvenes infractores a la ley penal y como una forma de cumplir con el tratamiento tutelar, persistentemente distanciado de las previsiones legislativas de su origen, además de desnaturalizado por los órganos de ejecución. La carencia de recursos puede superarse sustituyendo las carencias públicas por los recursos provenientes del sector privado (art. 3 bis 2 ap. Ley 22.278).

Al momento de editarse esta ponencia sucedieron dos novedades importantes, la primera es la sanción de la Ley 26.061 de protección integral que tiene un efecto indirecto sobre la restricción a las internaciones judiciales, y la segunda es que la Generalitat de Catalunya aprobó un proyecto de mediación a ejecutarse durante tres años en nuestra provincia con capacitación y seguimiento provisto por ellos.

PROGRAMA DE MEDIACIÓN PARA DELITOS JUVENILES DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN *

Voy a exponerles, modestamente, la experiencia que venimos llevando adelante en la provincia de Neuquén desde 2002.

En el año 2000 se sancionó en Neuquén la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia que es respetuosa del paradigma constitucional, es decir, de lo que establecen la Convención sobre los Derechos del Niño y también las normas internacionales que se han mencionado. Incluso, dentro de la Ley 2302 están recogidas como parte integrante: la Convención, las Directrices de Riad, las Reglas de La Habana para menores privados de la libertad y las Reglas de Beijing.

Esta legislación —que es de avanzada en materia penal— se aplica y permite hacer operativa la normativa internacional dentro de nuestra provincia. A partir de ella se produce una absoluta separación entre la Justicia de Familia, que es la que se encarga de toda la parte tutelar y de protección de derechos, y la Justicia Penal Juvenil, que se ocupa exclusivamente de menores infractores a la ley penal.

Yo soy fiscal de la Justicia Penal Juvenil, por lo tanto, hablaré de esa temática y también de política criminal referida a jóvenes infractores a la ley penal. Digo esto porque cuando internamos a un niño por tiempo indeterminado en un instituto, supeditado solamente a algún informe técnico que produzca algún asistente social o un psicólogo de vez en cuando, estamos también haciendo —de la peor manera— política criminal. Entonces, me parece que debemos atrevernos a hablar de política criminal en serio, referida a los niños y a los jóvenes que infringen la ley penal, y tenemos que aplicarles a los niños y a los jóvenes un plus de garantías sobre las que tienen los adultos: jamás menos garantías de las que goza un adulto.

Política criminal es la forma en que un Estado gestiona la conflictividad social generada por el delito. Por eso, cuando una persona formula una denuncia en la comisaría o en una fiscalía está demandando que el Estado, de alguna manera, gestione este conflicto que se ha generado por la infracción a la ley penal. Y que sea de modo racional, adecuado, que no necesariamente va a ser la pena, pero sí nos está pidiendo que no miremos para otro lado y que gestionemos esta conflictividad.

Obviamente, una política criminal racional debe tener a la pena —o el juicio y la consecuente imposición de pena— como el último recurso, y debe contar con múltiples soluciones alternativas, previas a la imposición de penas, que se interponen en el camino de llegar a esta solución que es última ratio dentro del sistema penal.

Ahora bien, de una vez por todas, estas vías alternativas deben asumir que la otra pata del conflicto es la víctima y que la víctima debe dejar de ser un convidado de piedra dentro del proceso penal y del sistema penal y que debe incorporarse dentro de la solución del conflicto que ha generado la comisión del delito. La víctima no pide ser víctima del delito, pero una vez que lo es, tiene todo el derecho de participar de la solución. Además, esto le generará una determinada óptica: sentirá que deja de ser parte del problema y empieza a ser parte de la solución.

Cuando hablamos de Convención sobre los Derechos del Niño nos referimos a un cambio de paradigma en el que el niño deja de ser objeto de protección y pasa a ser sujeto de derecho. En ese sentido, me parece que a veces no nos detenemos a pensar en algo que, afortunadamente, ya se dijo en esta jornada: cuando uno comienza a ser sujeto de derecho, empieza a tener responsabilidades. Un niño también es responsable; tendrá una responsabilidad diferente a la de un adulto, una responsabilidad diferenciada o una responsabilidad atenuada, pero es responsable de los actos que comete. Por lo tanto, considero que si nosotros le quitamos la cuota de responsabilidad y sólo lo consideramos pasible de tener derechos, lo convertimos nuevamente en un objeto.

* María Dolores Finochietti, Fiscal Penal Juvenil de la Provincia de Neuquén, Programa de Mediación Penal Juvenil.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40 establece que las soluciones que se apliquen a las infracciones a la ley penal cometidas por jóvenes deben tender a fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos y por las libertades fundamentales de terceros. Ese es uno de los mandatos incluidos en nuestra Convención sobre los Derechos del Niño —digo “nuestra” porque lo es desde el momento en que está incorporada desde 1994 en la legislación constitucional— como paradigma para solucionar este tipo de conflictos; además de utilizar mecanismos que promuevan la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Me parece que es clarísimo el paradigma que establece la Convención; no es un paradigma de irresponsabilidad ni de impunidad sino de política criminal racional.

En la provincia de Neuquén hay un Programa de Mediación Penal. Oportunamente presenté un proyecto de reglamento ante el fiscal del Tribunal Superior de Justicia, quien lo aprobó, y a partir de 2002, a través de un convenio marco que existía con el Poder Ejecutivo, lo implementamos junto con el Centro de Atención a la Víctima del Delito. Los profesionales que actúan como mediadores se capacitaron en mediación y son profesionales pagos por el Centro de Atención a la Víctima del Delito. El Programa funciona en el mismo edificio de la Justicia Penal Juvenil, donde se encuentra ubicada también la Fiscalía, de la que soy titular. Por medio de ese programa procuramos, o nos fijamos como objetivo, resolver el conflicto generado por la infracción a la ley penal cometida por un joven, respetando los intereses y los deseos de los sujetos que lo protagonizaron.

Creo que esto es lo más importante, es decir, estamos estableciendo una solución que es absolutamente democrática, porque es respetuosa de los deseos tanto de la víctima como del imputado y sin generar sensación de impunidad, ni en la víctima ni en la comunidad.

Es importante en este momento el reconocimiento comunitario que tiene el programa, y cómo hay determinadas instituciones que cuando tienen un conflicto recurren —incluso antes de hacer la denuncia— al programa de mediación.

Hablo, por ejemplo, de establecimientos escolares, donde sabemos que la conflictividad y los niveles de violencia y la presencia de jóvenes con portación de armas, problemas de drogas, son importantes. Sabemos que estos problemas existen.

Y hoy los directores y los asesores pedagógicos están recurriendo, espontáneamente, muchas veces a plantear estos conflictos en forma directa al programa y antes de realizar la denuncia. Me parece esto importantísimo porque, además de que nosotros desjudicializamos cuando mandamos al programa de mediación una denuncia, mayor desjudicialización aún si ni siquiera se llega a formularla.

La mediación penal que se lleva adelante en Neuquén, es un programa en el que la mediación es voluntaria. Creo que no podría ser de otra manera. Hay distintas formas. Algunos la establecen como obligatoria para determinados delitos y demás. Nosotros no la tenemos como obligatoria para determinados delitos ni tampoco tenemos un rango de delitos. De esto después voy a dar alguna explicación.

Es gratuita porque la llevan adelante los funcionarios públicos del centro de atención a la víctima; o sea, que reciben un sueldo de parte del Estado y no cobran por mediación realizada. Es prejudicial porque aun cuando se formula la denuncia y ésta ingresa a la Fiscalía, la Fiscalía inmediatamente la deriva al centro de mediación, y si la mediación es exitosa, directamente el legajo fiscal se archiva y no se hace ningún tipo de actuación. Es multidisciplinaria porque los cuatro mediadores que están actualmente trabajando son: un docente, una asistente social, una psicóloga y un abogado.

En cuanto a los pasos que se siguen para concretar la mediación, es necesaria la selección del caso por el fiscal, la invitación a la víctima y al infractor. Se hacen entrevistas, primero por separado con la víctima y con el joven y sus padres. Muchas veces la víctima también es menor. O sea que si la víctima es menor también concurre, obviamente, con sus padres o con algún adulto responsable.

Finalmente, hay un encuentro víctima-victimario y la redacción del acuerdo. Cabe señalar que el acuerdo no llega a la Fiscalía con ninguna connotación de asunción de responsabilidad; dice que las personas que intervinieron se comprometen —en plural— a no volver a colocarse en el futuro en situaciones como las que generaron este conflicto.

Esto es porque muchas veces sabemos que especialmente, en los delitos como amenazas, quizás hasta en los de lesiones, a lo mejor el que hizo la denuncia incluso no es verdaderamente el que fue el primer agresor, sino que ha sido una escalada en la cual ha habido múltiples etapas. Entonces, alternativamente han sido víctimas y victimarios dentro de un mismo conflicto. Por lo tanto, nosotros preferimos que el fiscal no se entere de qué fue lo que pasó dentro de la mediación. Lo único que nos llega es el acuerdo.

En base a ese acuerdo, que está obviamente suscripto por los intervinientes y por el mediador que es quien le da la característica o la seriedad del caso que hubo un tercero imparcial que gestionó todo este conflicto, el fiscal directamente dispone al archivo de lo actuado.

Esto fue lo que se gestionó en el año 2004 dentro de la Fiscalía de Delitos Juveniles. Hubo aplicación de criterio de oportunidad sin mediación en 375 casos. Luego, hay oportunidad con mediación en 155, suspensiones de proceso a prueba, declaraciones de responsabilidad 101 casos e imposiciones de pena 13. Es de flujo esto, o sea, es todo lo que se resolvió durante el año. No quiere decir que las 13 esas correspondan a todas las declaraciones de responsabilidad que hubo en ese mismo año porque, posiblemente, entre responsabilidad y pena va a transcurrir un año, que es el año ese famoso de tratamiento y demás. O hay que esperar que cumplan los 18 años muchos de los chicos a los cuales se les declaró responsabilidad.

Pero me parece que es bastante revelador de esto que estamos hablando de aplicar la pena sólo como última *ratio* y tratar de aplicar otras alternativas.

Me parece importante destacar que el tema de la aplicación de otras alternativas hace que la gente crea un poco más en el sistema porque también podríamos no hacer nada. También podríamos hacer lo que se hace actualmente en materia de justicia penal de adultos: sobreeser, archivar, reservar y no hacer absolutamente nada. Y el descrédito dentro de la comunidad sigue siendo cada vez mayor.

Entonces me parece que cuando hablamos de solucionar la conflictividad que genera el delito tenemos que ser serios, tenemos que saber que somos funcionarios a los que se nos paga, justamente, para que intentemos dar una respuesta y que esa respuesta sea generadora de una mayor paz social. Entonces me parece que mirar para el costado y no hacer absolutamente nada y decir “acá no pasó nada y reina la impunidad” no es una buena respuesta ni es un buen mensaje.

Quiero también mostrarles que de 209 casos enviados a mediación, hubo mayores acuerdos básicamente en los delitos de lesiones y amenazas. Esto es porque cuando la gente tiene un conflicto cara a cara, cuando una persona tiene un conflicto con alguien que conoce y con alguien que sabe que puede volver a tener ese conflicto y que el conflicto se puede agravar, tiende más a acordar, que quizás en otros casos en donde solamente está comprometido un interés económico. Es un déficit que tenemos; veremos si con el tiempo lo podemos revertir y poder lograr un mayor número de acuerdos y en otra variedad de delitos.

Para concluir, quiero señalar que hay un principio básico que es que no hay “delitos mediables” sino que hay “casos mediables”. Esto porque muchas veces se tiende a poner el límite de pena. Y entonces llegamos acá, “y, hasta diez años”; “y, no hasta doce”; “y no, hasta quince”, y hasta cuándo... No importa. Yo soy partidaria de no poner límites. Hay amenazas simples que no se pueden mediar porque son una escalada de violencia atroz de un chico que entró, por ejemplo, cometió un robo con armas y después va y le dice al vecino: “Si me denunciás te limpio a vos y a tus hijos”. Esas amenazas simples no se van a poder mediar.

En cambio, a lo mejor hay un caso de robo con armas, como yo tuve, donde sí mediamos, donde el chico —con problemas de adicción— entró con un adulto a la casa de su abuela y cometieron, en perjuicio de su abuela, un robo con armas. La abuela, obviamente, no quería que el nieto fuera preso. Entonces, nosotros en ese caso hicimos una mediación, y con todo éxito el chico se internó en un establecimiento donde recibió tratamiento.

Entonces, robos con armas ¿son mediables? Y, en principio no, pero no sé cuál es el caso. No nos asustemos por los límites porque a veces terminamos excluyendo casos que no deberían ser excluidos. O tampoco obligar a que todos los delitos de hasta tal pena tengan que ir a mediación, porque no todos de esos delitos van a ser mediables.

Descripción del Programa

Durante el año 2001 el Tribunal Superior de Justicia aprobó el cambio de organización de las Agencias Fiscales de la I Circunscripción, que contemplaba la creación de una Oficina de Atención a la Víctima del Delito mediante un convenio firmado con el Centro de Atención a la Víctima del Delito (CAVD), dependiente de la Subsecretaría de Seguridad Ciudadana y Justicia.

El 20 de abril de 2001 el Tribunal Superior de Justicia y el Ministerio de Gobierno y Justicia suscribieron el convenio respectivo para “promover un espacio de atención victimológica”, recogiendo las recomendaciones del VII Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito (Milán 1985). La oficina se habilitó el 25 de octubre del mismo año.

Posteriormente se analizó y acordó entre el Ministerio Fiscal y las autoridades del CAVD, poner en marcha durante el año 2002 un Programa de Mediación para Delitos Juveniles en el marco del convenio mencionado.

Normas vigentes que hacen posible y necesaria su implementación

El párrafo 5º de la Resolución 40/34 de Naciones Unidas (29 de noviembre de 1985), que establece los **Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder** dispone que «se establecerán y reforzarán, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean rápidos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación por estos mecanismos.» Y que «se utilizarán, cuando proceda, **mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluida la mediación**, a fin de facilitar la conciliación y reparación a favor de las víctimas.»

El art. 40, punto 3, inc. b) de la **Convención sobre los Derechos del Niño** establece que «3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: ...b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de **medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales**, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.»

Las **Reglas de Beijing** en su punto 11.2 determinan que: «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, ...» y el 11.4 que «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 de las víctimas.**»

Por su parte, la ley provincial 2302 –Ley de protección integral de la niñez y adolescencia- faculta al fiscal para que haga uso de algún **criterio de oportunidad** (art. 64) disponiendo que la condición de validez del procedimiento es la promoción de la acción penal por parte del fiscal, pudiendo éste optar por promoverla o solicitar el archivo teniendo para ello en consideración: la gravedad del hecho, la forma y grado de participación, la reparación (o compromiso de reparación) del daño causado en la medida de lo posible, las consecuencias del hecho, el contexto familiar y social y el pronóstico de reinserción familiar y social **o el resultado favorable de una mediación que haya logrado una composición del conflicto.**

El movimiento internacional que pone el acento en la necesidad de reconciliación Víctima- victimario ha tenido un avance muy significativo en los últimos años y ha llevado a que en distintos países -incluso en aquellos en los que existe el principio de legalidad- se instalen programas de mediación para la resolución de conflictos de índole penal.

Hoy en nuestra provincia se ha avanzado en materia penal juvenil, permitiendo la aplicación de un criterio de oportunidad, supeditado al cumplimiento de ciertos requisitos o invocando **«el resultado favorable de una mediación, mediante la cual se haya logrado la composición del conflicto».**

Este mecanismo alternativo de resolución del conflicto penal permite obtener respuestas más satisfactorias para el infractor, para la víctima y para la sociedad en su conjunto. Asimismo, abre la

posibilidad para alcanzar soluciones menos violentas, más positivas y democráticas en cuanto se posibilita que las partes resuelvan su propio conflicto, dejando la intervención del Estado para los casos en que exista una grave afectación al interés público o que fracase la mediación o se incumpla el acuerdo alcanzado.

Antecedentes en otros países

La mediación, como medio para que víctima y autor alcancen un acuerdo, se va aceptando cada vez más como una vía válida para resolver el conflicto penal.

El primer antecedente (caso «Elmira») ocurrió cuando en 1974 dos jóvenes drogados produjeron actos de vandalismo ocasionando daños en 22 automóviles en una pequeña población de Ontario (Canadá). No tenían antecedentes y el oficial de libertad condicional que les fue asignado (voluntario menonita) se dirigió al juez y solicitó una solución que no importara un castigo sino más bien una asunción de responsabilidad (admitir los hechos y trabajar para restituir los daños y pérdidas causados a las víctimas).

Desde que el juez canadiense resolvió este caso acogiendo la propuesta, en distintos países se ha ido aceptando la posibilidad de mediación en materia penal. Es de destacar que generalmente se ha comenzado implementando el sistema para delitos juveniles y mientras en algunos de ellos se lo ha ampliado luego a la justicia penal de adultos, otros lo mantienen sólo para los jóvenes y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Es particularmente interesante el proyecto que se lleva adelante en Cataluña (Barcelona y también Valencia tienen los programas más exitosos) donde existe un Centro de Mediación impulsado por la Dirección General de Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña con buenos resultados en cuanto al papel preventivo y resocializador que ejerce sobre los jóvenes sometidos al programa.

Incluso, siendo España un país donde rige el principio de legalidad, se hace mediación penal (llevada adelante por la Oficina de Ayuda a la Víctima de Valencia en relación con los Juzgados de Instrucción de esa ciudad) respecto de adultos que asumen su responsabilidad, se comprometen a reparar el daño dentro de sus posibilidades, y la Fiscalía en tales casos acuerda pedir la pena mínima.

Objetivos

Objetivos de los sistemas de consenso víctima- victimario:

Los sistemas de consenso entre víctima y victimario, vinculados con un hecho que puede caer bajo una sanción penal, persiguen básicamente los siguientes objetivos:

- 1) **Evitar las consecuencias estigmatizantes de una condena para el infractor.**
- 2) **Impedir la cristalización de hábitos y conductas antisociales que producen las penas privativas de libertad breves, en las que ningún proceso de toma de conciencia y rehabilitación serio puede intentarse.**
- 3) **Hacerlo de forma que no se desresponsabilice al autor**, ni genere sensación de impunidad en la víctima y en la comunidad.
- 4) **Hacer que el autor asuma la reparación** del daño que ha causado con su conducta.
- 5) **Hacer que la víctima se sienta escuchada y tenida en cuenta** con relación a la situación por ella vivenciada, que ha dado origen al conflicto.
- 6) **Hacer que la comunidad también participe de la solución**, a través de ONG, redes interinstitucionales, servicios de asistencia social, de salud, etc.

La reparación a la víctima por su victimario, se funda en la necesidad de que éste se responsabilice del hecho cometido, no como un daño abstracto a la sociedad sino que parece importante que sea consciente de que ha producido un daño concreto a una persona y que esa persona que ha sufrido un padecimiento por su causa, representa también a la sociedad.

Características de la Mediación Penal

- **Voluntariedad:** La American Bar Association dice que debe tenerse especial cuidado en que la negativa del infractor a entrar en el programa no lo perjudique en otras instancias procesales. Si una de las partes no desea participar, se suspende el trámite.
- **Confidencialidad:** Lo dicho o actuado no puede ser revelado ni utilizado en el juicio en caso de fracaso de la mediación. Lo único que se hace público es el acuerdo.
- **Neutralidad:** Hay un criterio diferente al de la mediación civil.. El concepto de imparcialidad apunta a que el mediador debe tener igual respeto por ambas partes y buscar a través de su acción un beneficio para ambas. Más allá de ello y si bien sin una condena el imputado no puede ser considerado culpable, en este tipo de mediación lo que hay sin duda es una parte inocente, que sufrió un mal sin buscarlo y sin tener culpa alguna: Esa es la víctima.
- **Informalidad:** Por sus propias características las actividades mediadoras no serán formalizadas en modo alguno, salvo el acuerdo al que finalmente se arriba que debe ser formalizado y firmado por todos los interesados.

En este tipo de mediación ambas partes tienen poca experiencia para resolver de esta forma el problema, por lo que el mediador, además de convencerlos de participar en el programa, debe estar preparado para **formular posibles formas de reparación** que a las partes por sí no se les ocurrirían.

Es importante que en ciertos casos –problemas de adicción, conflictos en el ámbito escolar o barrial– también participe alguna organización o institución vinculada con el tema y forme parte de la solución que se proponga.

Esquema de Actuación

ü **Primer paso: Selección del caso por el Fiscal**

Cuando la Fiscalía seleccione el caso para mediación, deberá remitir los antecedentes a la Oficina de Asistencia a la Víctima del Delito requiriendo que se inicie esta instancia y notificar en ese mismo momento al Defensor Penal del joven.

Se adjuntarán todos los datos que se posean de la víctima, del imputado y sus padres, así como una copia de la denuncia o de aquellas piezas procesales que le permitan al mediador saber cuál es el delito que se atribuye al adolescente y características del daño sufrido por la víctima (físico, material, psicológico, etc.).

Con ese material la Oficina abrirá un legajo al que irá incorporando, sin formalidad alguna, lo que vaya actuando en el caso.

ü **Segundo paso: Carta a la víctima y al infractor**

En ellas, en un estilo sencillo y con lenguaje comprensible y directo, se les hará saber que el asunto fue seleccionado para el programa de mediación, dándoles un teléfono para que puedan llamar a fin de obtener más detalles.

ü **Tercer paso: Entrevista con el joven y sus padres**

Se estima que esta entrevista debe ser previa, a fin de no molestar a la víctima generándole falsas expectativas sin estar seguros de que el joven y sus padres están dispuestos a intentar una solución consensuada que implicará asunción de ciertas responsabilidades.

En la entrevista se debe hacer conocer al joven el motivo de la intervención judicial (conducta antijurídica que se le atribuye y grado de participación), así como la posibilidad prevista en el art. 64 de la ley 2302 y el sentido y alcances de la mediación.

La finalidad de este encuentro es conocer la actitud del adolescente frente al hecho, qué nivel de responsabilidad acepta, si se advierte algún interés o si tiene capacidad y posibilidades de asumir todo lo que importa ingresar en el programa. También se debe evaluar la opinión de los padres y su grado de disposición a aceptar la inclusión de su hijo en el mismo.

De evaluarse como favorable el resultado de esta entrevista, se requerirá que el joven haga un ofrecimiento de reparación.

ü **Cuarto paso: Entrevista con la víctima**

También se debe comenzar por informarle las características de la justicia en materia juvenil así como el sentido y alcances de lo dispuesto por el art. 64 de la ley 2302 y del programa de mediación.

Hecha esta introducción se le hará conocer la voluntad del joven de reparar, así como el aval de sus padres a lo decidido por él mismo.

Se debe permitir que la víctima hable sobre el hecho, cómo lo vivió, las consecuencias materiales y morales sufridas y qué tipo de compensación sería la que espera.

Debe entenderse que tanto el infractor como la víctima tienen poca experiencia en estos temas y el mediador debería ser capaz de sugerir una propuesta de reparación o compensación cuya aceptación sea plausible para ambas partes.

ü **Quinto paso: Encuentro víctima - victimario**

Con la visión global del conflicto que tiene ahora, el mediador valorará si es necesario un mayor trabajo de acercamiento entre las posiciones de las partes o si se puede pasar directamente a redactar un acta de compromiso.

El encuentro víctima - victimario no es ineludible. Si bien es deseable y el mediador debe propiciarlo porque ayudará a que ambas partes puedan plantear sus razones, escucharse y hacer un esfuerzo por entender al otro, debe entenderse que hay ciertas circunstancias o tipos de delitos en que la entrevista cara a cara puede omitirse por resultar más sano para los involucrados.

Es preciso tener en mente que estos «pasos» a que hacemos referencia deben seguir una secuencia más o menos próxima a fin de evitar que el proceso de mediación fracase o se diluya en el tiempo. Por ejemplo, a partir del denominado «cuarto paso» se podría actuar sin solución de continuidad hasta la firma del acta.

ü **Sexto paso: Redacción de un acta de compromiso**

En ella se vuelcan los compromisos asumidos por el joven y es firmada por éste, sus padres y la víctima.

Si la víctima no puede ser ubicada o se niega a participar del programa o a aceptar la reparación que se le ofrece, debe evaluarse la razonabilidad del ofrecimiento de reparación hecho por el joven, su grado de compromiso con el programa y la posibilidad de que se responsabilice haciendo otro tipo de tareas (comunitarias, de superación personal).

ü **Séptimo paso: Informe del mediador**

Cuando así se requiera, se elevará al Fiscal que solicitó la tarea, valorando la actitud del joven y grado de cumplimiento de los compromisos asumidos y procurando seguir en tal sentido los parámetros del art. 64. En los casos en que sea posible, la valoración la hacen la víctima y el infractor sobre la mediación efectuada y sus resultados.

Este informe será adjuntado al pedido que formula la Fiscalía.

En este punto cabe aclarar que en aquellos casos que no impliquen una grave afectación al interés público, el resultado favorable de la mediación implicará el archivo previsto por la norma antes mencionada.

No obstante, en casos en que haya existido un interés público gravemente afectado, igualmente podrá llevarse adelante una mediación que no implique la paralización del proceso y su resultado

favorable y el resarcimiento de la víctima podrán ser invocados oportunamente por la Fiscalía para solicitar la absolución en los términos del art. 4º ley 22.278/803, siendo su criterio vinculante según el alcance previsto en el art. 87, 1º párrafo, de la ley 2.302.

En caso de incumplimiento se seguirá adelante con el proceso para el supuesto del art. 64 y podrá pedirse imposición de pena según las previsiones del art. 4º ley 2.2278 en el otro.

ü **Octavo paso: Evaluación de la mediación**

Los mediadores harán su propia evaluación en base a parámetros objetivos y se utilizarán en todos los casos los mismos.

Se requerirá una vez firmado el acuerdo que cada una de las partes efectúe su propia evaluación de la experiencia en base a dos o tres preguntas formuladas de modo simple y con lenguaje directo.

Las pautas utilizadas deberán permitir la realización de un análisis estadístico de la gestión y del grado de receptividad y aceptación que el programa tiene dentro de la comunidad.

¿Por qué se sugiere esta forma de implementación?

Entre los programas exitosos a nivel mundial, hemos mencionado los que se llevan adelante en España, que tienen además para nosotros la ventaja de haber sido implementados dentro de un sistema cuyas bases legislativas, ideológicas e históricas se entroncan con el nuestro, a lo que se suma una idiosincrasia de la sociedad con la que tenemos no pocos elementos en común.

El esquema propuesto sigue básicamente los lineamientos del que lleva adelante la Oficina de Ayuda a la Víctima del delito de Valencia, a cargo de la Dra. Fely González Vidosa, que funciona dentro de las dependencias de la justicia penal.

Creemos que la existencia de una delegación del Centro de Atención a la Víctima del Delito dentro de las Agencias Fiscales de nuestra provincia, nos da la posibilidad de aprovechar la experiencia e intentar la aplicación de un programa de características similares en nuestro medio, sin atarnos a esquemas rígidos y permitiéndonos la posibilidad de modificarlo, adaptándolo a las necesidades locales cuando lo creamos conveniente.

La existencia, además, de una herramienta legal como la ley 2302 que prevé la aplicación de un criterio de oportunidad por parte de la Fiscalía, invocando el resultado favorable de una mediación, así como las particulares características del proceso penal con relación a infractores juveniles, hace aconsejable que el Programa de Mediación se ubique dentro del ámbito de la Fiscalía de Delitos Juveniles.

Agencia Fiscal de Delitos Juveniles, Marzo de 2002.

Reglamento de Mediación Penal Juvenil

I- Programa de mediación para Delitos Juveniles

1º) En el ámbito de la Fiscalía de Delitos Juveniles funcionará una Oficina para el Programa de Mediación que implementará métodos alternativos de resolución de los conflictos penales de esa área, para dar cumplimiento a lo previsto por el art. 64 de la ley 2.302.

2º) Estos mecanismos incluyen las técnicas de la conciliación, negociación y mediación que serán utilizadas en la forma que mejor convenga al tipo de caso de que se trate.

3º) Los mediadores en su tarea respetarán los principios de Voluntariedad, Confidencialidad, Neutralidad e Informalidad, debiendo sólo instrumentarse formalmente el acuerdo final al que se arribe.

II- Casos en que procederá la resolución alternativa de conflictos

4º) En aquellos casos que no impliquen una grave afectación al interés público, el resultado favorable de la mediación implicará el archivo previsto por la norma antes mencionada.

5º) Cuando haya existido un interés público gravemente afectado, igualmente podrá llevarse adelante una mediación que no implique la paralización del proceso. Su resultado favorable y el resarcimiento de

la víctima podrán ser invocados oportunamente por la Fiscalía para solicitar la absolución en los términos del art. 4º ley 2.2278, siendo su criterio vinculante según el alcance previsto en el art. 87, 1º párrafo, de la ley 2.302.

III- Procedimiento:

6º) El Fiscal requerirá a los operadores del Programa de Mediación que den inicio al proceso de resolución alternativa de conflictos.

7º) Si alguna de las partes desea que su caso pase a una instancia de mediación, podrá presentarse y solicitarlo ante la Agencia Fiscal.

8º) El requerimiento de intervención de la Oficina de Mediación formulado por el Fiscal será notificado al defensor penal del joven.

9º) Los mayores de 18 años asistirán a la instancia de resolución alternativa de conflictos personalmente, los menores lo harán asistidos por sus padres o representantes legales.

10º) Aceptar este método no implicará asunción de responsabilidad por parte del joven, para lo cual se firmará un convenio de confidencialidad que impedirá que lo manifestado pueda ser citado, o que los mediadores puedan ser convocados como testigos en otras instancias de orden civil o penal.

11º) El plazo para concluir la mediación será de 30 días a partir de la notificación del joven, prorrogable por otros 30 en caso de que la Oficina así lo solicite.

12º) En caso de arribarse a un acuerdo, se firmará un acta que será suscripta por las partes, sus representantes legales y quienes hayan intervenido en carácter de mediadores.

13º) El acta será presentada por el Fiscal al Juez de Garantías cuando se pretenda la aplicación del criterio de oportunidad previsto en el art. 64 de la ley 2.302.

14º) El acta acompañada de un informe final confeccionado por el mediador se presentará al Juez de Juicio cuando se pida la absolución en los términos del art. 87 1º párrafo de la ley 2.302.

15º) En caso de no lograrse un acuerdo, la Oficina devolverá el legajo a la Fiscalía para que continúe con el trámite.

16º) Cuando el acuerdo implique algún control o seguimiento, se podrá requerir colaboración a instituciones públicas o privadas vinculadas con el tema de que se trate.

**ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS REFERIDOS A JUSTICIA JUVENIL
Y MEDIACIÓN PENAL EN NEUQUÉN**

Casos ingresados a la Justicia Penal Juvenil

	2001	2002	2003	2004
Homicidio	3	6	6	6
Lesiones graves	17	4	20	38
Lesiones leves	130	153	240	281
Abuso y agresión con arma	11	10	14	11
Violación	2	4	2	-

Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil / 99

Otros abusos sexuales	9	17	17	16
Hurto simple	335	336	355	326
Hurto automotor	10	5	8	18
Otros hurtos calificados	9	19	20	10
Robo simple	179	253	295	279
Robo con armas	24	33	63	87
Robo automotor	4	13	10	11
Otros robos calificados	20	25	21	6
Estafa	1	4	5	3
Extorsión	1	-	-	1
Usurpación	1	2	2	-
Daño	65	95	121	133
Violación de domicilio	10	5	10	13
Encubrimiento	8	12	13	13
Amenaza	69	98	135	151
Amenaza con arma	6	19	33	23
Tenencia y portación de armas	10	17	16	7
Privación ilegítima de libertad	1	-	-	3
Resistencia a la autoridad	10	10	23	21
Incendio	3	3	2	1
Lesiones/homicidio culposo	8	5	5	3
Otros	-	40	3	3
Total	946	1188	1439	1464

**Casos enviados al Programa de Mediación al 30/12/03
(desde que se inició a mediados de 2002)**

Delito	Con acuerdo	Sin acuerdo
Lesiones	49	32
Amenazas	24	16
Daños	9	17
Hurtos	20	18
Robos	16	17
Otros	2	1
Total	120	101

Casos enviados al Programa de Mediación Año 2004

Delito	Con acuerdo	Sin acuerdo
Lesiones	55	45
Amenazas	21	19
Daños	12	16
Hurtos	6	11
Robos	7	9
Otros	2	6
Total	103	106

PROGRAMA “TODOS ENTRAN” DE LA PROVINCIA DE SANTA FE*

Presentación

Este plan de inclusión social para adolescentes y jóvenes aún adolescentes es el fruto de la experiencia de años de trabajo y de una continua sistematización con los actores involucrados, los cuales conforman la directa consecuencia de familias destrozadas por el hambre y la indigencia, modelados por la privación y la frustración, los cuales no suman hoy casos aislados, sino un fenómeno social, donde las cárceles y los institutos de menores, poblados de jóvenes aún adolescentes, muestran el fracaso de la sociedad y el Estado, en la construcción de una sociedad con mayor justicia social.

Luego de tres años de trabajo nos animamos a pensar que “*otra cosa es posible*” para esos jóvenes, en ocasiones entramados en la droga y conductas delictuales, proyectando juntos, desde el territorio, la posibilidad de construir una esperanza.

El Programa tiene una consecuencia programática muy fuerte: en poco tiempo, si se cumplen los requisitos de planificación, podrán estar insertos en el Programa gran cantidad de jóvenes y adolescentes en una participación activa de su propia formación y de su inserción comunitaria como para aspirar seriamente a contribuir en mucho a la disminución del delito y la violencia, a generar un principio de corte del círculo vicioso de la pobreza.

Cuando hablamos de inclusión la entendemos como la posibilidad de luchar por una transformación de la realidad. Se trata de una práctica política conjunta y solidaria comprometida con los cambios profundos de las condiciones de injusticia en que se desarrolla su exclusión.

Seremos felices los que pergeñamos esta sistematización, los chicos, los jóvenes aún adolescentes, las organizaciones barriales, todos envueltos en zonas de pobreza, también los profesionales y operadores comunitarios comprometidos con ellos, si otros logran una nueva sistematización superadora que proteja mejor sus derechos.

Porque como escribió León Felipe:

*“Voy con las riendas tensas
como refrenando el vuelo,
porque no es lo que importa
llegar solo ni pronto,
sino llegar con todos y a tiempo.”*

Objetivo global

Promover la inclusión social colectiva de los adolescentes y jóvenes a partir de la creación de centros de inclusión social, donde puedan construir sus propios proyectos de vida, articulando las acciones y actividades entre los organismos del Gobierno, las Organizaciones no Gubernamentales y el Sector Privado, transformando el liderazgo de carácter violento, en un liderazgo comprometido y solidario para cambiar la realidad hacia situaciones de mayor justicia social.

¿Por qué y para qué lo hacemos?

Realizamos nuestro trabajo cotidiano bajo la premisa de que cada adolescente y joven puede y debe armar su propio proyecto de vida, porque como dice Françoise Dolto: “el adolescente que tiene un proyecto de vida está salvado”.

* Néstor Ciarniello, Responsable del Programa Todos Entran.

Lo hacemos porque efectivamente estamos comprometidos con cada uno de ellos

- desde una perspectiva de derechos,
- desde el entramado de nuestra vida con la ética y la justicia social, derechos y justicia que solo pueden ser efectivos en la igualdad de oportunidades y
- desde el entendimiento de que existe una relación estructural entre el modelo capitalista y las conductas delictuales de los adolescentes y jóvenes de las zonas de extrema pobreza.

Y porque la adolescencia es una edad en que todavía es posible recuperar algún ritmo de desarrollo personal que permita tener la esperanza de la inclusión social.

Las estadísticas nos muestran el gran número de adolescentes y jóvenes que viven en zonas de alta densidad humana y marcada exclusión social. Un gran número de ellos no estudian y/o no trabajan, integran grupos donde son frecuentes los problemas de adicciones y perciben la violencia como una salida a la impotencia de no tener esperanza de vida.

Entendemos la protección integral de derechos como inalienable, lo que significa que los niños/as y adolescentes tienen derecho a la igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos humanos, a acceder a todos los servicios de calidad para su mejor desarrollo, a participar en el ejercicio de promoción y defensa de sus derechos, en conjunto con las instituciones del Estado, reclamando también esos derechos para sus padres y la comunidad en que se desarrollan. Estos son los fundamentos que sustentan y regulan nuestros objetivos, los cuales al ser alcanzados posibilitarán la vigencia de la ética social a partir de hacer realidad la justicia social.

Así no quedará simplificado y bastardeado el tema de seguridad siendo reducido a una cuestión de policías y ladrones, pensando que mientras más y mejores policías menos ladrones.

Creemos que el tema es de carácter socioeconómico y pertenece a la esfera de la ética y la justicia social en la política y en la economía. Nosotros no podemos atacar de forma directa las causas, pero si podemos ayudar a superar la realidad de vida indigente que desarrollan estos chicos aunque más no sea incluyéndolos en un nuevo espacio donde serán capaces de organizarse y unirse en expresiones políticas solidarias para atacar las causas estructurales de tal modo que sus fuerzas estén orientadas con visos de realidad a la inclusión social.

Porque para nosotros la exclusión no es una categoría social sino que es un estado permanente en situación de supervivencia en el que es necesario la utilización de instrumentos y medios que rozan lo ilícito, emparentados con la violencia puntual y las fantasías de vida. Así los valores sobre los que se asentará nuestra propuesta social, para el ejercicio de los derechos humanos serán los del esfuerzo común, el protagonismo participativo, la función reguladora del Estado, igual dignidad, igual libertad, igual solidaridad.

La experiencia

La experiencia da cuenta de la construcción, la reconstrucción y el saber que tienen su soporte fundamental en la práctica cotidiana realizada en los barrios Las Flores Sur, Lagunita, Las delicias, San Martín Sur, de la ciudad de Rosario de la provincia de Santa Fe como así también en la formación ideológica-profesional de los operadores comunitarios.

Se rescata la palabra y la subjetividad particular y grupal, material central de trabajo, no como panacea instrumental utilizada para la investigación de los llamados estigmatizados o excluidos sino tomados allí donde el tiempo y la historia son significativos para la construcción de lo social.

Consideramos que la mejor forma de dar a conocer nuestras actividades es narrar el trabajo que realizamos desde junio de 2004 hasta hoy en el barrio "Las Flores" de la ciudad de Rosario, barrio emblemático por las situaciones de dura violencia cotidiana.

Entonces, desde aquí, desde este lugar en la historia, en la misma escena que se convierte en un punto esencial de mira, una ventana al mundo, comienzan a aparecer historias.

Se trata entonces de entender el presente cotidiano, la exclusión social, dentro de sus escenarios, comprendiendo lo social, a partir de abarcar lo cotidiano que se manifiesta en los sujetos sociales, donde nacen y mueren los sentimientos, los signos y los significados, donde se concretan normas, éticas, y etiquetas vigentes, materia prima de nuestra intervención en lo social.

Se hace necesario, entonces, dar a conocer las características del barrio y el por qué de nuestra llegada.

En el mes de mayo del año 2004 se realiza la ocupación del barrio por las fuerzas especiales policiales conocidas como las TOE (Tropas de Operaciones Especiales) ordenada por el Ministerio de Gobierno de la Provincia, con el fin de intervenir en la prevención del delito a raíz de la violencia desatada con saldo de muertes.

Advirtiendo la ineficacia de tal procedimiento unido a la injusticia de su accionar fundamentalmente en acciones de represión sobre los adolescentes y jóvenes del lugar, nos decidimos a trabajar en el barrio.

En un principio solamente conocíamos su ubicación geográfica y todo aquello que se podía leer en los diarios, es decir, "Las Flores sinónimo de barrio peligroso, de disputas territoriales por robos y mercado de drogas", lugar de "malvivientes", "región salvaje", "inculta", "territorios de bandas", etc. Nuestras primeras intervenciones consistieron en conocer la realidad barrial, sus organizaciones barriales, sus destinatarios, sus habitantes y realizar así un diagnóstico del mismo, *primer paso para la intervención*.

Con el objetivo de construir la historia, en los diferentes encuentros se pudo establecer que el barrio surge debido a diferentes reestructuraciones de los barrios Saladillo y La Sexta en la década del 60 y en el año 78 de los barrios Manuelita, Tablada y La Sexta (llamada actualmente República de La Sexta).

En un primer momento la reestructuración se debe a la venta de los terrenos que se ocupaban ilegalmente y en un segundo momento la reestructuración tiene que ver con el ocultamiento de las situaciones de pobreza que se vivían en ese momento en la ciudad de Rosario dado que políticamente no era conveniente mostrarlas a la prensa nacional e internacional en el período del mundial de fútbol.

Otro sector que constituye a la población del barrio está conformado por aquellas personas que vienen del interior del país, como resultado de las migraciones internas, en busca de trabajo. Se constituye así una zona irregular que fue extendiéndose con el tiempo alrededor de todo el barrio.

"...si no querías venir, quemaban la casa, nos trajeron en camiones...", Ramona.

"no tenías donde ir te tenías que aceptar", Miguel.

En la actualidad, las desigualdades sociales se han ido agudizando; cada vez más el capital se concentra en las manos de una minoría reducida mientras las capas medias y bajas se empobrecen crecientemente, traduciéndose estas contradicciones en el espacio físico y social de una ciudad.

Esto produce una marca territorial que repercute en el barrio y en toda su población donde ya no se observa una vida por fuera del lugar representada por salidas, como eran el cine, el baile; ante estas transformaciones el barrio se ha convertido en el lugar donde transcurre mayoritariamente la vida de sus habitantes, desconociendo el resto de la ciudad.

"No salimos a bailar, a la noche sacamos a los pasillos un equipo de música, compramos vino en el kiosco y bailamos acá, escuchamos música y se ve que la gente se engancha", Eduardo, 20 años.

"una vez mi hermano me acompañó a una entrevista de trabajo en una obra y cuando tuve que ir solo me perdí, cuando llegué le dije a mi vieja; pero me dijo que yo era un vago que no quería trabajar, pero me perdí de verdad, no conozco Rosario si nunca salgo de acá", Emmanuel, 16 años.

Personas que desde el punto de vista meramente económico no son percibidas como "aptas", es decir, que se consideran un "coste" y no un "beneficio". También son percibidos como ciudadanos "superfluos", cada vez más numerosos y más excluidos de esa base social de acceso a bienes imprescindibles que fundan la ciudadanía social.

Otro punto a destacar es la fractura al interior del barrio definidos por sus habitantes en una división territorial, "los de atrás" y "los de adelante", discurso que quiere simbolizar el imaginario social que instituye a este barrio como "peligroso".

Con estas premisas, nuestro trabajo se orientó en la búsqueda de construir un lugar común, el cual llamamos “Centro de Inclusión” donde todos, “los de atrás” y “los de adelante”, coinciden en ciertos intereses y necesidades, donde solo existe un territorio, “el futuro”, que nos organiza, nos orienta, nos nutre en esa búsqueda incansable de justicia social.

“La solidaridad no es dar a cambio de nada, es dar a cambio de que el que está al lado tuyo crezca junto con vos”, Eduardo (integrante del Programa, hoy operador comunitario.)

De lo personal a lo colectivo

El proceso individual y colectivo de los adolescentes y jóvenes integrados en los Centros de Inclusión Social para la organización de un proyecto de vida se desarrolla de acuerdo a los siguientes módulos:

A. Desarrollo personal: tiene como propósito brindar a los adolescentes y jóvenes, especialmente a aquellos relacionados con la droga y/o el delito, medios para recuperar su autoestima y su autovalorización a partir de desarrollar sus cualidades personales, se les brinda la posibilidad de asistir a talleres de deporte, música, comunicación social, teatro y aquellos que surjan del interés de los adolescentes y jóvenes.

En este módulo el objetivo es la recuperación de la autoestima, motivando a los adolescentes y jóvenes a superar por lo menos en su propia valorización, la situación de marginalidad y exclusión, dándoles fuerzas para pensarse como protagonistas “capaces de” y “promotores de”. De esta manera se impulsa la participación y permanencia voluntaria y se favorece el ejercicio de sus capacidades de opción y decisión.

Desde el abordaje personal y comprometido de los talleres, se contacta a las familias para integrarlas en este compromiso de superación de las dificultades y necesidades retomando o afianzando los lazos familiares a fin de comenzar a sentir “el yo puedo” junto al “nosotros podemos”.

*“..Rodrigo es hijo de mi papá pero nunca hablábamos, ahora si, empezamos a ser hermanos, ...”
Ezequiel.*

En una salida cuyo objetivo era ver una obra de teatro, organizada como actividad recreativa por el taller de teatro, y que fuera organizada en conjunto con las familias, se comentó:

“Nunca estuve en el teatro y menos con mi hijo si salimos juntos siempre es a vender; lo máximo que llegué es a la puerta a pedir, ahora hay que organizar una obra donde él actúe, debe actuar bien.”

“Esta experiencia demostró que los chicos pueden prestar atención o concentrarse en algo que les produce disfrute y además les permite analizar la obra, lo que nos permite pensar que las salidas deberían continuarse hasta lograr que los chicos puedan sentir estos lugares como propios y poder disfrutar de ellos como el resto de la sociedad.”

Genoveva (tallerista de teatro)

Es de fundamental importancia para el objetivo de la construcción de un proyecto de vida la motivación para algo distinto, que los incentive a creer en sus cualidades, en la importancia de su participación para el desarrollo humano familiar y comunitario.

B. Desarrollo de objetivos educacionales y laborales: se realiza a fin de que puedan recuperar sus valores y ventajas de incorporación a la educación formal, teniendo en cuenta las situaciones vitales que la enmarcan, puesto que no siempre es posible tal incorporación. Para esto se dictan talleres de apoyo que están en continuo contacto con los docentes y directivos de las escuelas del barrio.

A los que no pueden incorporarse a la educación formal se les brindan todos los valores y riquezas de la educación no formal, con el objetivo de que en un tiempo futuro puedan reincorporarse o incorporarse

según el caso. La inclusión educativa formal o no-formal tiene su basamento en considerar al aprendizaje en el marco de las situaciones históricas, culturales y vitales de cada uno de los adolescentes. Por eso, el medio social en el que el chico crece y se desarrolla no puede ser considerado como externo en su proceso de aprendizaje, sino que se considera constitutivo de este.

“yo voy porque aunque terminé la escuela no se leer muy bien”, Daniel.

A partir de los objetivos:

- Recuperación de la autoestima y autovaloración,
- Inclusión educativa formal y no-formal,

se los incorpora a las distintas capacitaciones laborales, en talleres de capacitación laboral no formal y en los programas educativos de las escuelas técnicas.

Es necesaria la reconstrucción del capital humano y el capital social destruido por políticas sociales clientelistas y asistenciales, y políticas económicas de exclusión y opresión.

De la mano de ese capital humano reconstruido por sí mismos en los jóvenes, será posible cruzar el puente hacia el encuentro de un capital social capaz de superar la indigencia y la violencia que en ella se produce.

Junto a estas actividades se busca la oferta de incorporación socioproductiva: trabajo, pasantías (empleos), microunidades de servicio, microunidades productivas y, fundamentalmente, la formación de cooperativas de trabajo.

El presente programa de inclusión con jóvenes intenta, desde un enfoque de derechos, ofrecer un marco de referencia a partir del cual puedan surgir diseños de políticas respecto a la población en cuestión, que los oriente hacia una efectiva integración a la sociedad, lejos de las medidas coactivas y represivas en desmedro de los mismos. Se busca el efectivo ejercicio de los Derechos Humanos de los que hasta el momento solo formalmente gozan.

En el objetivo de inclusión laboral se prioriza el desarrollo de la persona para brindar al joven la posibilidad de armar un proyecto de vida a partir de su capacitación en oficios y en todo lo que tenga que ver con su desarrollo humano.

Ahora bien, la novedad del programa se refleja en el convencimiento por parte de los jóvenes de que la experiencia no termina en ellos mismos, sino que la deben dimensionar políticamente con su participación en prácticas políticas solidarias con la comunidad a la que pertenecen, socializando sus logros y proyectos de vida para no mutilar sus esperanzas con logros individuales.

Surge así el tercer módulo.

C. Participación comunitaria: consiste en la inclusión de los adolescentes en tareas solidarias en asociaciones e instituciones barriales, a partir de concebir dicha edad como la etapa en que comienza la interrelación social a direccionarse y en la que las capacidades solidarias del ser humano están predispuestas a manifestarse en ideales propios de la persona.

Por ello, la propuesta de proyecto de vida tendrá la posibilidad de culminar social y solidariamente comprometida, lo que significa alcanzar la proyección política como ciudadanos.

La ejecución de este último objetivo nos permite lograr que la comunidad tome conciencia de la importancia de la edad adolescente, enseñándole a cada adolescente su pertenencia como ciudadano que desarrolla una función constructiva en la sociedad con derechos y obligaciones hacia los demás, trabajando en talleres el tema de ciudadanía plena con derechos y obligaciones.

La participación comunitaria de los jóvenes en programas y proyectos solidarios con el objetivo de promover el liderazgo comprometido con la transformación social es una reafirmación de la ética práctica para la justicia social.

Los capacitadores y los operadores comunitarios acompañan a estos jóvenes en la lucha superadora en forma solidaria con su propia comunidad para que ésta les devuelva sus derechos conculcados.

Este último objetivo intenta llegar a que estos adolescentes y jóvenes se rebelen ante la única opción

del sistema que es ser delincuentes o fantasmas dormidos y resignados que deambulan tristemente por sus ghettos de miseria sin posibilidad de molestar con sus acciones los proyectos hegemónicos de poder excluyente de las corporaciones que todavía hoy nos dominan.

Programas complementarios

A partir de este objetivo surge como programa complementario la formación de agentes comunitarios solidarios a partir de aquellos integrantes de los talleres interesados en formarse en conocimientos básicos y estrategias adecuadas para transferir posteriormente esos conocimientos y estrategias a la población mediante un enfoque socio educativo cultural.

En el marco del programa hemos desarrollado un dispositivo de acción comunitaria para el abordaje de la problemática de las adicciones donde abordamos el consumo como expresión del malestar social y no como una propuesta parcializada en una patología: la adicción.

Con los adolescentes que trabajamos, la pérdida de ciudadanía aparece como un destino que se percibe como inevitable. No hay futuro porque no hay presente, la idea de cambio se traduce como la idea de fin: fin de trabajo, fin de la familia, fin de la posibilidad de ascenso social. El abandono de las funciones del Estado bajo políticas neoliberales ha favorecido el individualismo y la fragmentación social, es decir, la pérdida de idea de comunidad, del bien común y con ella la pérdida de identidad, de socialización.

En este contexto de pobreza y exclusión las sustancias tóxicas se instalan como "salida" que promete cierta construcción de identidad y por lo tanto cierto sentido de pertenencia posible frente a la fragmentación social.

Es por ello que el abordaje necesariamente debe darse en espacios microsociales, en el entramado singular de cada comunidad, a través de la reconstrucción de los lazos de solidaridad y reciprocidad que posibilitan la construcción de identidad y propician el protagonismo de la familia y la comunidad en la resolución de la problemática.

En tal sentido proponemos:

- Sensibilización de grupos e instituciones.
- Diagnóstico de la situación local.
- Capacitación de líderes comunitarios.
- Proyecto barrial.

· Inclusión de los adolescentes en los distintos ejes del programa, la posibilidad de construir un proyecto de vida permite instalar un cuestionamiento al uso de drogas como a otros comportamientos que aparecen como expresión del malestar.

El consumo de drogas puede ser un obstáculo en el sostenimiento de estas acciones. Se trata entonces de posibilitar un espacio grupal, a modo de talleres complementarios en las acciones de cambio.

La "reinserción social" de los adolescentes consumidores de drogas sólo será exitosa si comienza a producirse allí mismo donde algo del orden de la exclusión se puso en juego. Es la propia comunidad quien debe favorecer los mecanismos de inclusión de sus adolescentes, creando espacios de pertenencia y de socialización.

El Estado garantiza con educación, salud y trabajo los mecanismos para que los ciudadanos reconstruyan lazos de solidaridad.

Nuestro abordaje en el entramado singular de cada comunidad, a través de la reconstrucción de los lazos de solidaridad y reciprocidad que posibilitan la construcción de identidad nos ha permitido pequeños logros que se contraponen a las políticas de control social.

Trabajo de mediación

Entendemos la mediación como aquella medida buscada por el bien común, donde nuestra postura no es encontrar buenos y malos o culpables e inocentes a quienes sancionar. Por lo tanto, nuestra intervención se dirigió a organizar el hecho de tal manera que permitiera la convivencia de las dos familias y jóvenes integrantes del Programa en la comunidad. La intervención en terreno nos permite manejar los códigos de la exclusión, la trasgresión como modo de vida, como forma de vida necesario para la supervivencia.

Entonces, la mediación se desarrolla en un hecho de robo, un adolescente roba a otro dinero y toda su ropa, surgiendo amenazas y enfrentamientos entre las familias. Aquí nuestra intervención utiliza como herramienta el diálogo y el vínculo de confianza establecido entre los profesionales y las familias. Esto permite llegar al acuerdo de asumir el acto realizado, devolviendo lo sustraído. Posteriormente se trabajó el vínculo roto entre ellos y las familias permitiéndoles recorrer juntos los caminos solidarios de la comunidad, en la construcción de sus proyectos de vida.

En la exclusión lo principal es sobrevivir, y ella es la que guía sus actos por carriles señalizados por otros parámetros. Sus conductas son producto de la muerte temprana de sus infancias, la entrada prematura y abrupta en la adolescencia y a su vez la conversión de golpe en adulto por el Derecho Penal, por la droga, por la necesidad de sobrevivir, macerados en sus caminos por los golpes físicos y morales de la injusticia estructural, sin sueños que proyecten sus vidas hacia realizaciones personales.

Esto se presenta de forma evidente en el discurso de adolescentes de veinte años cuando afirman:

“La vida es hasta los 30, después... la nada, la muerte...”, Emanuel, 20 años

Esto nos lleva a pensar que el único camino posible es aquel que ataque el camino de la desprotección estructural que sufre la comunidad; solo así podremos hablar de la integralidad necesaria para la igualdad de oportunidades.

“Te esperamos”

Como desarrollamos anteriormente, el delito está ligado a la supervivencia; pero creemos que otra cosa es posible para esos chicos entramados con la droga y/o el delito. Esto nos llevó a trabajar con jóvenes privados de la libertad de los barrios en los cuales estamos insertos.

Uno de los casos que abordamos tiene como protagonista a un adolescente llamado Gustavo, de 16 años de edad que había sido detenido 2 veces por robo calificado y a 2 semanas de integrarse a trabajar con nosotros es detenido una tercera vez por la misma causa.

A partir de aquí, nuestro abordaje tuvo las siguientes estrategias:

- Abordaje personal dentro de la comisaría por un trabajador social y un psicólogo desde la relación afectiva, y asesoramiento y representación del caso por parte de un abogado en el juzgado de menores correspondiente.
- Abordaje familiar a fin de comprometerla en un trabajo en conjunto que tuvo como objetivo la libertad del adolescente, desde la inclusión a los tres módulos del Programa.
- Trabajo con otras instituciones barriales.

Luego de un período de trabajo con los profesionales del juzgado, se realiza la integración del joven al Programa sustituyendo así su internación a un Instituto de rehabilitación.

Desde su inserción en los diferentes módulos del Programa, Gustavo no volvió a reincidir y mejoró los vínculos familiares, su inserción laboral y comenzó a tratar su adicción dentro del mismo grupo comunitario.

Lo más destacable es la superación de una imagen individualista de sí mismo a una forma de entramado con el otro desde un compromiso solidario.

Gustavo sigue perteneciendo a un conocido grupo de la zona llamado “la banda del camión” que se conoce por haber protagonizado algunos robos y porque los jóvenes poseen problemas de adicciones. Pero a partir de nuestro abordaje pudimos relacionarnos con sus miembros, logrando que Gustavo hoy trabaje de albañil y con los demás nos estamos dando una estrategia de formación de una cooperativa de trabajo.

Nuestra intervención posibilitó que uno de ellos hoy esté colaborando como un agente solidario dentro del Programa. Tenemos esperanza de que en pocos meses más dicha “banda” solo permanezca como un grupo de amigos comprometidos con la política.

A la fecha de esta publicación tenemos en el Programa a Marcos, a quien el juez procesó por robo calificado. Esto hacía muy probable que se le aplicara la pena privativa de la libertad.

Marcos, hijo de una familia conocida nuestra en el barrio vecino (La Granada) pidió nuestra intervención. Evaluadas las posibilidades, decidimos arriesgarnos a su incorporación en el Programa, intercediendo ante el juez interviniente. Este accedió a nuestra intervención. Estamos convencidos que de ahora en más Marcos podrá enhebrar una esperanza de vida mientras que en la cárcel le esperaban no menos de cinco años de muerte, ya que tiene 19 años con muchos antecedentes.

Queremos remarcar que nos comprometimos con dos abogados que accedieron a tomar la representación legal de los casos que el Programa les indique, lo que no es frecuente encontrar.

Monitoreo evaluación

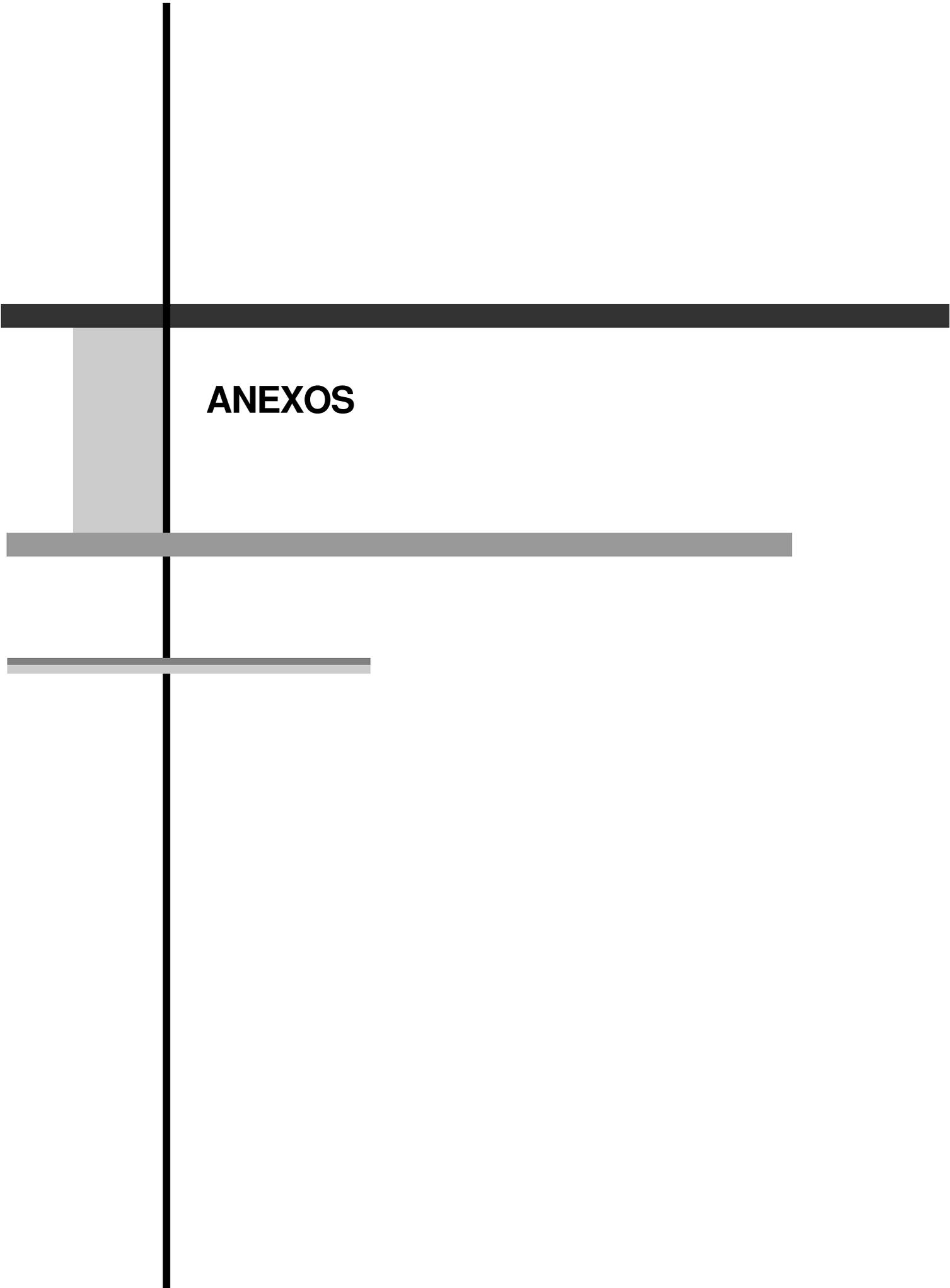
Comité evaluador

Se conforma un comité de seguimiento y evaluación, por aquellos sectores o representantes de los mismos, que financien el presente Programa, director del mismo, dejando las puertas abiertas para la representación de los mismos jóvenes.

Informes

Cada mes, los/as coordinadores de cada centro de Inclusión social presentan un informe a las autoridades del Programa que luego es elevado al Comité Evaluador.

Paralelamente se realizan reuniones mensuales con el fin de evaluar el trabajo durante ese mes, resolviendo y tomando nuevas estrategias de ser necesario.



ANEXOS

MECANISMOS RESTAURATIVOS EN LAS NUEVAS LEGISLACIONES PENALES JUVENILES: LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA*

Este trabajo analiza los mecanismos de desjudicialización (alternativas al juicio) y las sanciones no privativas de libertad de contenido restaurativo, contemplados en las nuevas legislaciones penales juveniles adecuadas a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, vigentes en los países latinoamericanos y en España.

Cabe notar que la Convención sobre los Derechos del Niño no habla de “justicia restaurativa”, concepto que es posterior a ella. Al respecto, el documento E/CN.15/2002/5/Add.1 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas titulado Justicia restaurativa. Informe del Secretario General. Adición, Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, trae las siguientes definiciones:

1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos;

2. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias;

3. Por “resultado restaurativo” se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el delincuente.

El trabajo que estamos presentando es esencialmente jurídico, pero sería necesaria la investigación empírica, para conocer mejor las posibilidades de las soluciones restaurativas en materia de justicia penal juvenil en los países de la región y promocionar *aquellas que han obtenido mejores resultados*.

De los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y los otros instrumentos de las Naciones Unidas que la integran y desarrollan en esta materia, las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), se derivan las siguientes características del nuevo modelo de justicia penal juvenil, llamado “modelo de responsabilidad”¹:

- § El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en etapa específica de desarrollo, que significa también la adquisición paulatina de responsabilidades de tipo jurídico, entre ellas la penal a partir de determinada edad y distinta de la responsabilidad penal de los adultos.
- § La inclusión de opciones para minimizar la intervención penal evitando el proceso o el juicio (alternativas al proceso, mecanismos de desjudicialización).

* Rita Maxera, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD, XI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Seminario sobre potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa Bangkok 18-25 abril 2005.

¹ A partir de 1990 el Proyecto ILANUD/Comisión Europea realizó el diagnóstico jurídico y sociológico de la situación de los sistemas de justicia penal juvenil en todos los países de la región y desde allí cada uno comenzó su proceso de reforma. En forma paralela al estudio en América Latina con los mismos instrumentos se hizo un estudio comparativo con España e Italia.

- § El establecimiento de una amplia gama de sanciones (medidas) con una finalidad pedagógica y entre las cuales las que impliquen privación de libertad deben ser excepcionales, reservadas para los delitos más graves y utilizadas en tanto no sea posible aplicar una sanción diferente.
- § Las garantías del debido proceso sustancial y formal de los adultos, más las garantías específicas que corresponden a los adolescentes en razón de su edad. Estas garantías están reconocidas expresamente, y normados los actos del procedimiento para que posibiliten su efectividad, tomando en cuenta la situación específica de las personas adolescentes.
- § La especialidad de todos los órganos del sistema de justicia penal juvenil.
- § La participación de la víctima en el proceso, tomando en cuenta también la finalidad pedagógica de la intervención penal.

CUADRO 1
PAÍSES LATINOAMERICANOS EN LOS QUE SE ENCUENTRA VIGENTE UNA LEGISLACIÓN PENAL
PARA ADOLESCENTES PLENAMENTE ADECUADA A LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

PAÍS	NOMBRE DE LA LEY	VIGENCIA
BOLIVIA	CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE	2000
BRASIL	ESTATUTO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	1990
COSTA RICA	LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL	1996
ECUADOR	CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	2003
EL SALVADOR ²	LEY DEL MENOR INFRACTOR	1995
ESPAÑA	LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES	2000
GUATEMALA	LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	2003
HONDURAS ³	CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	1996
NICARAGUA	CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	1998

¹ Después de la Ley del Menor Infractor se promulgó la Ley de Ejecución de las Medidas y posteriormente 2 leyes antimaras. La primera declarada inconstitucional, la segunda del 2004, vigente.

² Cuenta con Ley Antimaras del año 2003. Consiste en una reforma al artículo 332 del Código Penal que tipifica el delito de asociación ilícita.

³ La Ley 46 del 2003 modifica la Ley 40 de 1999, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Las principales son las siguientes: aumento del máximo de la pena privativa de libertad de 5 a 7 años para los delitos de homicidio doloso, violación sexual y tráfico ilícito de estupefacientes; ampliación de la duración máxima de la detención provisional de 2 a 6 meses y ampliación de la lista de delitos que admiten detención provisional y pena privativa de libertad.

PANAMÁ ⁴	RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LA ADOLESCENCIA	1999
PARAGUAY	CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	2001
PERU ⁵	CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	2000
REP.DOMINICANA	CÓDIGO PARA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	2004
URUGUAY	CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	2004
VENEZUELA	LEY ORGÁNICA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE	2000

- Como puede verse en el cuadro, algunos países legislaron la materia en códigos integrales; otros en leyes especiales. Los años consignados corresponden a la entrada en vigencia de la ley o código y no a su aprobación.
- Colombia espera la aprobación de la Ley de la Niñez y la Adolescencia de 2004.
- En México están en proceso de aprobación de un Proyecto de reforma a la Constitución Política referente a la responsabilidad penal juvenil y un Anteproyecto de Ley del sistema de justicia penal para adolescentes.
- En Chile el Proyecto de Ley que crea un sistema de responsabilidad de los adolescentes por las infracciones a la ley penal, alcanzó en el 2004 aprobación de la Cámara de Diputados.
- En la Argentina en el año 2000 se presentó el 1er. Proyecto de responsabilidad penal juvenil adecuado a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el 2002 perdió estado parlamentario. Desde esa fecha muchos anteproyectos han sido elaborados sin que ninguno se concrete en una iniciativa legislativa. En algunas provincias del país se han llevado a cabo reformas de tipo procesal.

⁴ La Ley 46 de 2003 modifica la Ley 40 de 1999, Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Las principales son las siguientes: aumento del máximo de la pena privativa de libertad de 5 a 7 años para los delitos de homicidio doloso, violación sexual y tráfico ilícito de estupefacientes; ampliación de la duración máxima de la detención provisional de 2 a 6 meses y ampliación de la lista de delitos que admiten detención provisional y pena privativa de libertad.

⁵ El Código de la Niñez y Adolescencia de Perú de 1992 fue reemplazado por un nuevo Código (2002) que en lo que interesa a nuestro tema conserva las mismas instituciones e incorpora disposiciones especiales para el "pandillaje pernicioso" entendido como lo define el artículo 193 de ese cuerpo normativo: "Se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 (doce) años y menores de 18 (dieciocho) años de edad que reúnan y actúen para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden interno".

CUADRO 2
LAS ALTERNATIVAS AL JUICIO
(desjudicialización)

PAÍS	REMSIÓN	CONCILIACIÓN	CRITERIO DE OPORTUNIDAD REGLADO	SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA
BOLIVIA	SI	NO	NO	NO
BRASIL	SI	NO	NO	NO
COSTA RICA	NO	SI	SI	SI
ECUADOR	SI	SI	NO	SI
EL SALVADOR	SI	SI	SI	NO
ESPAÑA	SI ⁶	SI	SI	NO
GUATEMALA	SI	SI	SI	NO
HONDURAS	SI	SI	SI	NO
NICARAGUA	NO	SI	SI	NO
PANAMÁ	SI	SI	SI	SI ⁷
PARAGUAY	SI	SI	NO	NO
PERÚ	SI	NO	NO	NO
REP.DOMINICANA	NO	SI	SI	SI
URUGUAY	NO	SI	SI ⁸	SI
VENEZUELA	SI	SI	NO	SI

El siguiente cuadro presenta las diversas alternativas al juicio de carácter restaurativo previstas en las legislaciones de los países que estamos analizando.

Los mecanismos de salida anticipada del proceso (desjudicialización) son similares aún cuando algunas veces no se denominan de la misma manera. La diferencia fundamental entre la remisión y el criterio de

⁶ En la legislación española recibe el nombre de Desistimiento de la incoacción del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (artículo 18).

⁷ En la Legislación panameña se regula como la suspensión condicional del proceso.

⁸ Recibe el nombre de prescindencia de la acción penal.

oportunidad es que la primera va acompañada justamente de la **remisión a programas de apoyo**. En la legislación salvadoreña se habla de “renuncia de la acción” como equivalente al principio de oportunidad.

A continuación se detallan las principales disposiciones referentes a las instituciones que posibilitan la desjudicialización, alternativas al juicio, fórmulas de solución anticipada que impliquen reparación del daño, en cada uno de los países en los que tiene vigencia una que responda a las características de un modelo de responsabilidad.

BOLIVIA

La **remisión** es la forma de desjudicialización contemplada en la legislación específica. No toma en cuenta a la víctima y aún cuando la remisión se acompañe de una medida socioeducativa no está contemplada la reparación del daño.

BRASIL

La **remisión** no contempla la reparación a la víctima. Sin embargo, al prescribir que podrá aplicarse cualquiera de las medidas previstas en la ley podrá el juez ordenar la reparación del daño.

COSTA RICA

La conciliación es el único mecanismo de desjudicialización de carácter restaurativo.

Artículo 61. Partes necesarias

La conciliación es un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el menor de edad, quienes serán las partes necesarias en ella.

Artículo 64. Procedencia

La conciliación procederá en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos.⁹

ECUADOR

La conciliación y la suspensión del proceso a prueba tienen carácter restaurativo.

Conciliación¹⁰:

Artículo 345. El Procurador podrá promover la conciliación siempre que la infracción no sea de aquellas que autorizan el internamiento preventivo según el artículo 330 de este Código.

Para promover la conciliación se realizará una reunión con la presencia del adolescente, sus padres o representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado y la víctima, el procurador expondrá la eventual acusación y oírá proposiciones.

En caso de llegarse a un acuerdo preliminar el Procurador lo presentará al Juez de la Niñez y Adolescencia, conjuntamente con la eventual acusación.

⁹ El Código Procesal Penal de Costa Rica establece (artículo 36) que la conciliación procede en las contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admiten la suspensión condicional de la pena. O sea aquellos delitos cuya pena mínima no exceda de tres años (artículo 59 Código Penal). Por su parte la Sala Constitucional Voto N° 711-98 de las 16:09 horas del 6 de octubre de 1998 respondiendo a una Consulta Judicial Facultativa de Constitucional relativa a la aplicación de este instituto y la congruencia con el art. 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia indicó que la conciliación no procede cuando la víctima es menor de edad.

¹⁰ La legislación ecuatoriana indica que las obligaciones establecidas en el acuerdo conciliatorio pueden referirse a la reparación del daño causado o la realización de ciertas actividades concretas destinadas a que el adolescente asuma su responsabilidad por los actos de los que se le acusa.

Suspensión del proceso a prueba

Artículo 349. En el caso de los delitos de acción pública de instancia particular, el Procurador o el Juez de Niñez y Adolescencia, podrán proponer la suspensión del proceso a prueba, siempre que cuenten con el consentimiento del adolescente.

(...)

El auto de suspensión del proceso a prueba contendrá los antecedentes y fundamentos de hecho y de derecho de la suspensión; la medida de orientación o apoyo familiar determinada; la reparación del daño;...

EL SALVADOR

Tres de los mecanismos tienen carácter restaurativo.

Implica la remisión, en el caso de El Salvador acuerdo de partes y reparación del daño. Por su parte, en el caso de la conciliación puede decirse que prácticamente la admite en todo tipo de delitos o sea tiene el ámbito de aplicación más amplio de las legislaciones que se analizan. Sin embargo, fue eliminada como mecanismo de desjudicialización en el ámbito de aplicación de la Ley Antimaras. La renuncia a la acción una institución equivalente al principio de oportunidad reglado, también prevé la reparación del daño como una de las causales para su procedencia.

La remisión

Artículo 37. El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y **en la reparación del mismo**.

Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, **si no existiere acuerdo entre las partes**, se continuará con el proceso.

La conciliación

Artículo 59. Admiten conciliación todos los delitos o faltas excepto los que afecten intereses difusos de la sociedad.

El arreglo conciliatorio procede de oficio, a instancia de parte, a petición del ofendido o víctima, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o participación del menor, y no concurren causales excluyentes de responsabilidad; sin que ello implique aceptación de la comisión por parte del menor.

La conciliación procede ante la Fiscalía General de la República o ante el juez de menores, mientras no se haya decretado la resolución que aplique medidas en forma definitiva al menor.

Artículo 60. La conciliación es un acto voluntario entre el ofendido o la víctima y el menor, quienes son las partes necesarias en la conciliación. Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial podrá obligarse a cualquier persona.

No podrá autorizarse la conciliación cuando vulnere el interés superior del menor.

La renuncia de la acción

Artículo 70. La Fiscalía General de la República podrá renunciar de la acción por hechos tipificados en la legislación penal, como faltas o delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo no exceda de tres años. Tendrá en cuenta las circunstancias del hecho, las causas que los motivaron o **la reparación del daño**.

En los casos señalados en el inciso anterior, si la **reparación del daño fuere total**, la Fiscalía deberá renunciar de la acción.

La renuncia impide promover la acción ante el tribunal de menores.

ESPAÑA

En un mismo artículo la ley española regula dos mecanismos de desjudicialización de contenido restaurativo, la conciliación y la reparación a la víctima. La conciliación no implica compensación económica y la reparación del año consiste en obligaciones de hacer a cargo del adolescente y en beneficio de la víctima, el afectado o la comunidad. Estas posibilidades son totalmente independientes del acuerdo al que pueden llegar las partes sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta.

Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima

Artículo 19.

1. También podrá desistir el Ministerio Fiscal de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancia de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima y al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

GUATEMALA

El acuerdo conciliatorio en la legislación guatemalteca, puede darse entre la persona ofendida y los padres, tutores o responsables del adolescente lo que hace dudar del carácter socio-educativo que también debe perseguir la conciliación. Los adultos responsables pueden apoyar el acuerdo o asumir obligaciones que consten en el mismo, pero no sustituir la voluntad del adolescente presuntamente responsable de la conducta delictiva.

Conciliación

Artículo 185. Admiten conciliación todas las transgresiones a la ley penal donde no exista violencia grave contra las personas.

Artículo 186. Naturaleza de la conciliación. La conciliación es un acto voluntario entre la parte ofendida y el adolescente **o sus padres, tutores o responsables.**

Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial podrá obligarse cualquier persona. No podrá autorizarse la conciliación cuando se vulnere el interés superior del adolescente.

Artículo 190. Obligaciones. En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño a la víctima o a la parte ofendida, **se señalará plazo para su cumplimiento y se constituirán las garantías**, si fuera necesario.

La certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de título ejecutivo.

Remisión

Artículo 193. El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando la acción contenida estuviere sancionada en el Código Penal, con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de participación en el daño causado y **la reparación del mismo**.

Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellos resolverá remitir al adolescente a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes se continuará el proceso.

HONDURAS

La legislación hondureña contempla la indemnización a la víctima para la procedencia del criterio de oportunidad; sin embargo, no se precisa si se trata de una obligación a cargo del adolescente o de sus representantes.

La conciliación

Artículo 220. La conciliación procederá en cualquier etapa del proceso anterior a la apertura del juicio y será aplicable cuando en las infracciones cometidas no haya existido violencia contra las personas.

La conciliación será un acto voluntario que en ningún caso podrá entenderse como que el niño es responsable de la infracción que se le imputa. La conciliación no tendrá lugar cuando en cualquier forma vulnerare los intereses del niño.

Por medio de la conciliación podrá pactarse la remisión del asunto.

El criterio de oportunidad

Artículo 224. Por el criterio de oportunidad el Ministerio Público podrá solicitar al Juzgado de la Niñez competente, o al que haga sus veces, que se abstenga de conocer de la acción deducida o que admita su desistimiento si media justa indemnización para la víctima, en su caso, y siempre que concurra alguna de las causales siguientes:

- a) Que se trate de acciones u omisiones en que la responsabilidad del niño es mínima;
- b) Que el niño haya hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la comisión de la infracción o limitar sus efectos;
- c) Que el niño haya resultado gravemente afectado por la acción u omisión; o,
- d) Que la infracción cometida no haya producido un impacto social significativo.

El criterio a que este artículo se refiere se aplicará cuando las infracciones no merezcan, de acuerdo con el Código Penal o la ley especial de que se trae, pena de reclusión que excede de cinco (5) años. El Juez podrá otorgarlo aún con oposición de la víctima, quien podrá hacer uso de los recursos correspondientes.

NICARAGUA

Sólo la conciliación tiene contenido restaurativo.

Conciliación

Artículo 145. La conciliación es un acto jurídico voluntario entre el ofendido o su representante y el adolescente, con el objeto de lograr un acuerdo para la reparación del daño causado por el adolescente.

El arreglo conciliatorio procede de oficio, a instancias del acusado o a petición del ofendido, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o participación del adolescente sin que ello implique aceptación de la comisión del hecho por parte del acusado.

Artículo 148. La conciliación no procederá en los delitos cuya pena merezca medidas de privación de libertad.¹¹

PANAMÁ

Ni el criterio de oportunidad, ni la remisión implican en la legislación panameña reparación del daño. Tienen contenido restaurativo la conciliación y la suspensión condicional del proceso.

Conciliación

Artículo 69. La conciliación es un acto voluntario entre la persona ofendida o su representante y el adolescente o la adolescente. Los adolescentes y las adolescentes tendrán derecho a que sus padres, tutores o representantes los acompañen durante la audiencia de conciliación. Los adolescentes que hayan cumplido los dieciséis años tendrán derecho a que sus padres, tutores o representantes no se encuentren presentes durante la audiencia de conciliación.

Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial, el adolescente o la adolescente podrá ser acompañado por cualquier persona.

La suspensión condicional del proceso

Artículo 96. El juez penal de adolescentes puede decretar, **de oficio**, la suspensión del proceso, sujetándola a condiciones determinadas en los casos que reúnan las siguientes características:

1. **El hecho punible admite la vía de la conciliación; y**
2. **El adolescente ha realizado esfuerzos por reparar el daño causado, o el acto cometido no puso en grave peligro ni la integridad física de las personas ni sus bienes.**

PARAGUAY

Solo está prevista la remisión como salida anticipada.

Remisión

Artículo 242. En todas las etapas procesales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el hecho punible estuviese sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad que no supere los dos años, basándose en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.

(...)

PERÚ

Sólo regula la remisión y no queda claro a cargo de quién está la reparación del daño.

Remisión

Artículo 206. El Fiscal podrá disponer la Remisión cuando se trate de infracción a la ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el PROMUDEH o las instituciones autorizadas por éste y, si fuera el caso, **procurará el resarcimiento del daño a quien hubiere sido perjudicado.**

¹¹ La indicación de los delitos que serán sancionados con una medida de privación de libertad están especificados en el artículo 203 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y son los siguientes: asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abusos deshonestos, raptos, robo, tráfico de drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteramiento de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales. También en el incumplimiento injustificado de medidas no privativas de libertad.

REPÚBLICA DOMINICANA

La legislación dominicana remite al Código Procesal Penal para la aplicación de los mecanismos de desjudicialización.

Formas de terminación anticipada del proceso

Artículo 243. El proceso penal de la persona adolescente puede terminar en forma anticipada por aplicación:

- a) Del principio de oportunidad de la acción pública;
- b) La **conciliación** y
- c) La suspensión condicional del procedimiento.

El ministerio público de niños, niñas y adolescentes podrá terminar de forma anticipada el proceso penal conforme a los criterios, procedimientos, reglas y efectos establecidos en los artículos 34 al 43 del Código Procesal Penal y en las infracciones que allí se indican.

URUGUAY

Esta es la única salida con contenido reparador. Cabe notar que regula de manera detallada el mecanismo de la conciliación.

Obligación de reparar el daño a satisfacción de la víctima (conciliación)

Artículo 83. En cualquier etapa del proceso previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzado un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia.

VENEZUELA

La posibilidad de conciliación en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos y la reparación social del daño resulta novedoso.

La conciliación

Artículo 564. Cuando se trate de hechos punibles para los que no sea procedente la privación de libertad como sanción, el Fiscal del Ministerio Público promoverá la conciliación. Para ello, celebrará una reunión con el adolescente, sus padres, representantes o responsables y la víctima, presentará su eventual acusación, expondrá y oírá proposiciones.

Parágrafo Primero: En caso de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos **propondrá la reparación social del daño.**

(...)

Las sanciones no privativas de libertad

El cuadro siguiente detalla las diversas sanciones no privativas de libertad previstas en las legislaciones de cada uno de los países que estamos analizando. Particularmente en las medidas de “prestación de servicios a la comunidad” y de “reparación del daño” surgen las posibilidades de una Justicia Restaurativa.

CUADRO 3
LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

PAÍS	ORIENTACIÓN Y APOYO	AMONESTACIÓN	LIBERTAD ASISTIDA	PRESTAC. SERVICIOS COMUNITAD	REPARACIÓN DEL DAÑO	ÓRDENES DE ORIENTACIÓN
BOLIVIA	NO	SI	SI	SI	NO	SI
BRASIL	NO	SI	SI	SI	SI	SI
COSTA RICA	NO	SI	SI	SI	SI	SI
ECUADOR	SI	SI	SI	SI	SI	SI
EL SALVADOR	SI	SI	SI	SI	NO	SI
ESPAÑA	NO	SI	SI	SI ¹²	NO	SI
GUATEMALA	NO	SI	SI	SI	SI	SI
HONDURAS	SI	SI	SI	SI	SI	SI
NICARAGUA	SI	SI	SI	SI	SI	SI
PANAMÁ	NO	SI	NO	SI	SI	SI
PARAGUAY	NO	SI	NO	SI	SI	SI
PERÚ	NO	SI	SI	SI	NO	NO
R.DOMINICANA	NO	SI	SI	SI	SI	SI
URUGUAY	SI	SI	NO	SI	SI	SI
VENEZUELA	NO	SI	SI	SI	SI	SI

A continuación se detallan aquellas sanciones no privativas de libertad de carácter restaurativo. Consideramos que la prestación de servicios a la comunidad tiene contenido restaurativo y algunas legislaciones tienen previsiones muy importantes en este sentido.

¹² Resulta interesante que en primer lugar la reparación consiste en trabajo a favor de la víctima sustituible por una compensación económica. Además, se requiere la aceptación de la víctima.

BOLIVIA

Prestación de servicios a la comunidad

Artículo 243. Consiste en tareas prestadas gratuitamente por el adolescente en beneficio de la comunidad, en entidades asistenciales, hospitales, escuelas u otros establecimientos similares, así como en programas comunitarios o estatales, por un período no mayor a seis meses.

Las tareas serán asignadas de acuerdo con las aptitudes del adolescente y deberán ser efectuadas en jornadas máximas de ocho horas semanales con las garantías previstas en el presente Código. Estas jornadas podrán cumplirse los días sábados, domingos y feriados o en días hábiles de la semana, de manera que no perjudiquen la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo.

En ningún caso y bajo ningún concepto será aplicada esta medida sin que el Juez explique al adolescente los fundamentos y alcances de la misma.

BRASIL

Obligación de reparar el daño

Artículo 116. Tratándose de actos infraccionales con efectos patrimoniales, la autoridad podrá determinar, si fuera el caso, que el adolescente restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño, o por otra forma compense el perjuicio a la víctima.

Parágrafo único: Habiendo manifiesta imposibilidad, la medida podrá ser sustituida por otra adecuada.

Prestación de servicios a la comunidad

Artículo 117. La prestación de servicios comunitarios consiste en la realización de tareas gratuitas de interés general por un período que no exceda de seis meses, junto a entidades asistenciales, hospitales, escuelas u otros establecimientos similares, bien sea en programas comunitarios o gubernamentales.

Parágrafo único: Las tareas serán atribuidas de acuerdo a las aptitudes del adolescente, debiendo ser cumplidas en una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos o feriados, o en días hábiles, de modo que no perjudiquen la frecuencia a la escuela o la jornada normal de trabajo.

COSTA RICA

Prestación de servicio a la comunidad

Artículo 126. La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general, en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares.

Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los menores de edad, los cuales las cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo.

Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses.

La medida se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice efectivamente o sea sustituido.

Reparación de daños¹²

Artículo 127. La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en la prestación directa del trabajo, por el menor de edad en favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá el consentimiento de la víctima y del menor de edad; además, la aprobación del Juez.

¹² Resulta interesante que en primer lugar la reparación consiste en trabajo a favor de la víctima sustituible por una compensación económica. Además, se requiere la aceptación de la víctima.

Con el acuerdo de la víctima y el menor de edad, la pena podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho. La sanción se considerará cumplida cuando el Juez determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.

ECUADOR

Reparación del daño causado

Artículo 369. (...)

4.- Esta medida consiste en la obligación del adolescente de restablecer el equilibrio patrimonial afectado con la infracción, mediante la reposición del bien, su restauración o el pago de una indemnización proporcional al perjuicio provocado.

Servicios a la comunidad

Artículo 369.

5.- Son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el Juez, para que el adolescente infractor las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socio-educativo que reportan.

EL SALVADOR

La reparación del daño no está contemplada como sanción.

Servicios a la comunidad

Artículo 13. Los servicios a la comunidad son tareas de interés general, que el menor debe realizar en forma gratuita.

Las tareas a las que se refiere la presente disposición, deberán asignarse en lugares o establecimientos públicos, o en ejecución de programas comunitarios, que no impliquen riesgo o peligro para el menor, ni menoscabo a su dignidad, durante horas que no interfieran su asistencia a la escuela o a su jornada de trabajo.

ESPAÑA

Prestaciones en beneficio de la comunidad

Artículo 7.

(...)

j. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.

GUATEMALA

La prestación de servicios a la comunidad

Artículo 243. La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares.

Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los adolescentes, procurando, cuando fuere posible, relacionar la naturaleza de la actividad con la del bien jurídico lesionado por el adolescente. Las tareas se cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo.

Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un periodo máximo de seis meses.

La sanción se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice efectivamente o sea sustituido. La sanción será supervisada y orientada por la persona que el juez designe, quien elaborará un plan individual para el adolescente.

La obligación de reparar el daño

Artículo 244. La reparación del daño consiste en una obligación de hacer del adolescente, a favor de la víctima, con el fin de resarcir el daño causado o restituir la cosa dañada por la conducta delictiva.

Cuando el adolescente mayor de quince años realice un acto que afecte el patrimonio económico de la víctima, el juez podrá determinar, teniendo especial cuidado en su situación económica, que éste restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño o compense el perjuicio causado a la víctima. Cuando dicho acto sea cometido por un adolescente de trece a catorce años de edad, el juez podrá también determinar la reparación del daño, quedando solidariamente obligados los padres, tutores o responsables.

El juez sólo podrá imponer esta sanción, cuando la víctima y el adolescente hayan dado su consentimiento. Si ambas partes acuerdan sustituir el trabajo por una suma de dinero, el juez procederá a fijar la cuantía que se considere equivalente a los daños y perjuicios ocasionados por el delito o falta. La sanción se considerará cumplida cuando el juez determine que el daño ha sido reparado de la mejor forma posible.

La reparación del daño excluye la indemnización civil.

HONDURAS

Servicios a la comunidad

Artículo 193. ...consistirán en tareas de interés general que el niño deberá realizar en forma gratuita. Dichos servicios en ningún caso podrán exceder de seis (6) meses.

Las tareas a que se refiere el párrafo anterior deberán cumplirse durante horas que no interrumpen su asistencia a la escuela o al trabajo y se prestarán en establecimientos públicos o durante la ejecución de programas comunitarios que no impliquen riesgo para el niño o menoscabo a su dignidad.

Obligación de reparar el daño¹³

Artículo 194. La obligación de reparar el daño (...), nacerá cuando resulte afectado el patrimonio de la víctima. En tal caso, la autoridad competente podrá ordenar la devolución de la cosa, su reparación o el pago de una justa indemnización.

NICARAGUA

Prestación de servicios a la comunidad

Artículo 199. La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia pública como hospitales, escuelas y parques.

Las tareas deberán asignarse según las aptitudes del adolescente y se cumplirán durante cuatro horas semanales, como mínimo, procurando realizarse los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo y que no impliquen riesgos o peligros para el adolescente ni menoscabo a su dignidad.

Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses.

Reparación del daño

Artículo 200. La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en resarcir, restituir o reparar el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá del consentimiento de la víctima.

¹³ Si bien el juez puede ordenar la reparación en los delitos con efectos patrimoniales no se establece la necesidad de aceptación de la víctima.

Con el acuerdo de la víctima la medida podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez Penal de Distrito del Adolescente fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios materiales ocasionados por el hecho. La medida se considerará cumplida cuando el Juez Penal del Distrito del Adolescente determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.

PANAMÁ

Prestación de servicios sociales a la comunidad

Artículo 133. La prestación de servicios sociales a la comunidad consiste en realizar, de modo gratuito, tareas de interés general en las entidades de asistencia pública, ya sean estatales o particulares, tales como hospitales, escuelas y parques.

Las tareas asignadas deberán guardar proporción con las aptitudes del adolescente o de la adolescente y con su nivel de desarrollo biopsicosocial. Igualmente, la prestación de servicios sociales a la comunidad deberá contar con orientación psicológica, la cual se realizará periódicamente.

Estas sanciones podrán tener lugar en días hábiles o en días feriados, pero en ningún caso podrán tener una carga superior a las ocho horas semanales, ni podrán interferir con la asistencia a la escuela o con la jornada normal de trabajo.

La prestación de servicios sociales a la comunidad no tendrá una duración mayor de dieciocho meses.

Reparación de daños

Artículo 134.

La reparación de daños consiste en una obligación de hacer, por parte del adolescente, a favor de la persona que haya sufrido perjuicio o disminución en su patrimonio por razón de la conducta infractora. La obligación de hacer que se le asigne al adolescente o a la adolescente, siempre deberá tener por finalidad resarcir el daño causado o restituir la cosa dañada por su conducta, sin menoscabar la situación socioeconómica del adolescente o de la adolescente.

El juez penal de adolescentes sólo podrá imponer esta sanción, cuando la víctima haya dado su consentimiento y el adolescente o la adolescente y el adulto responsable hayan manifestado su acuerdo. Si ambas partes acuerdan sustituir el trabajo del adolescente o de la adolescente por una suma de dinero, el juez procederá a fijar la cuantía que se considere equivalente a los daños y perjuicios ocasionados por el acto infractor.

El adulto responsable que manifieste su acuerdo en imponer esta sanción, está solidariamente obligado a la reparación del daño. En todo caso, el juez de cumplimiento podrá considerar la sanción cumplida cuando el daño haya sido reparado en la mejor forma posible.

La reparación del daño excluye la indemnización civil por responsabilidad extracontractual, a menos que la persona ofendida la haya solicitado y el juez, concedido de modo expreso.

PARAGUAY

Reparación del daño

Artículo 200.

(...)

g) reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible;

Imposición de obligaciones

Artículo 205.

a) reparar, dentro de un plazo determinado y **de acuerdo con sus posibilidades**, los daños causados por el hecho punible;

b) pedir personalmente disculpas a la víctima;

c) realizar determinados trabajos;

d) prestar servicios a la comunidad y,

e) pagar una cantidad de dinero a una entidad de beneficencia.

Las obligaciones no podrán exceder los límites de la exigibilidad.

El Juez deberá imponer la obligación de pagar una cantidad de dinero solo cuando:

- a) el adolescente haya realizado una infracción leve y se pueda esperar **que el pago se efectúe con medios a su propia disposición; o,**

(...)

PERÚ

Prestación de Servicios a la Comunidad

Artículo 232. La Prestación de Servicios a la Comunidad consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en coordinación con los Gobiernos Locales.

REPÚBLICA DOMINICANA

Prestación de servicios sociales a la comunidad

Artículo 332. La prestación de servicios sociales a la comunidad consiste en realizar de modo gratuito, tareas de interés general en las entidades de asistencia pública o privada, tales como hospitales, escuelas, parques, bomberos, defensa civil, Cruz Roja y otros establecimientos similares, siempre que estas medidas no atenten contra su salud o integridad física y psicológica.

Las tareas deben guardar proporción con las aptitudes de la persona adolescente y con su nivel de desarrollo biopsicosocial y deberá contar con atención integral continua.

(...)

URUGUAY

Trabajos en beneficio de la comunidad

Artículo 82. Los trabajos en beneficio de la comunidad se regularán de acuerdo a las directivas que al efecto programe el Instituto Nacional del Menor. Preferentemente podrán realizarse en hospitales y en otros servicios comunitarios públicos. No podrán exceder de seis horas diarias. La autoridad administrativa vigilará su cumplimiento, concertando con los responsables de su ejecución, de forma que no perjudique la asistencia a los centros de enseñanza, de esparcimiento y las relaciones familiares, en todo lo cual se observará el cuidado de no revelar la situación procesal del adolescente.

VENEZUELA

Servicios a la comunidad

Artículo 625. Consiste en tareas de interés que el adolescente debe realizar de forma gratuita, por un período que no exceda de seis meses, durante una jornada de ocho horas semanales preferentemente los días sábados, domingos y feriados, o en día hábil pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo.

Las tareas a las que se refiere este artículo deberán ser asignadas, según las aptitudes del adolescente en servicios asistenciales o en programas comunitarios que no impliquen riesgo o peligro para el adolescente o menoscabo para su dignidad.

Comentario Final

Todas las legislaciones analizadas incorporan mecanismos de desjudicialización, principio fundamental de una ley de responsabilidad penal juvenil.

Las primeras legislaciones aprobadas con posterioridad a la Convención –las de Brasil y Perú– establecieron la “remisión” como única forma de salida anticipada del proceso. La remisión se incorpora al derecho penal juvenil de los países de tradición romano germánica a través de las “Reglas Mínimas de

las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil" (Reglas de Beijing), adoptadas por las Naciones Unidas en 1985. Las legislaciones posteriores incorporan otros mecanismos como el principio de oportunidad, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba. La característica común es que en todas las legislaciones se trata de mecanismos procesales.

En las legislaciones salvadoreña y venezolana casi todas las formas de desjudicialización toman en cuenta la reparación a la víctima.

La conciliación está contemplada en todas las legislaciones que hemos analizado, con excepción de Brasil, Perú y Bolivia. Los países que la incorporan limitan generalmente su campo de aplicación a los hechos no violentos. La procedencia más amplia la contempla la Ley del Menor Infractor de El Salvador, que solamente no la admite en el caso de delitos o faltas que afecten intereses difusos de la sociedad; sin embargo, la reciente Ley Antimaras del 1° de abril del 2004, declara improcedente la posibilidad de la conciliación en los casos regidos por ella.

La legislación venezolana admite la posibilidad de conciliación en el caso de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos y la posible reparación social del daño en esos casos, previsión que es novedosa y única en la legislación analizada.

En lo referente a las **sanciones no privativas de libertad de carácter restaurativo**, se destaca la previsión de la ley de Paraguay en la que se indica que el adolescente debe reparar de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible o pedir personalmente disculpas a la víctima o realizar determinados trabajos o prestar servicios a la comunidad o pagar una cantidad de dinero a una entidad de beneficencia. Dispone también que el juez deberá imponer la obligación de pagar una cantidad de dinero solo cuando se trate de una infracción leve y se pueda esperar que el pago se efectúe con medios a su propia disposición.

Consideramos que la **prestación de servicios a la comunidad** tiene siempre una finalidad restaurativa ya que persigue que el adolescente comprenda que la colectividad o determinadas personas han sido lesionadas por su conducta delictiva y que los servicios que presta constituyen su reparación. Su carácter educativo es incuestionable y puede contribuir realmente al proceso de inserción comunitaria del adolescente. Es importante tomar nota de la disposición de la ley española que recomienda relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.

Como última reflexión podemos afirmar que:

Acertadamente, el preámbulo del *Proyecto revisado de la Declaración de Principios sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*¹⁴, dice que "... el enfoque restaurativo da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia". Este principio es compatible con las finalidades del modelo de responsabilidad penal para los adolescentes que establece la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, y con las legislaciones de los países de América Latina que hemos analizado, siempre y cuando se respeten las garantías específicas de las que los adolescentes gozan por su especial condición de menores de edad. Esto significa, para la víctima, que la posibilidad de acceder al mecanismo restaurativo cederá cuando resulte contrario al "interés superior del adolescente" entendido como la garantía a favor de la persona menor de edad, que obliga a tomar la decisión que más favorezca el reconocimiento de los derechos del adolescente, en este caso el infractor frente a los derechos de la víctima.

¹⁴ Resolución 200/14 del Consejo Económico y Social, anexo, modificado por el Grupo de Expertos sobre justicia restaurativa.

Fortalecer la utilización de mecanismos de justicia restaurativa, y hacerlo con la población joven es hoy más que nunca importante en el caso de los países de América Latina. En efecto, las personas de entre 0 y 35 años de edad constituyen el 65% de la población total de la región, con países que tienen porcentajes aún más altos (CELADE 1950-2050), y como sabemos la criminología ha verificado que a mayor población joven corresponde más delito. También la criminología ha verificado que mayor tiempo fuera de la escuela y la familia = más delito, y el porcentaje de niños, niñas y jóvenes en edad escolar fuera de la escuela en nuestros países es muy alto. Y finalmente, también la criminología ha verificado que existe correlación directa entre la inequidad en la distribución del ingreso y el delito, e ILANUD ha verificado esto específicamente para el caso de los homicidios y los delitos contra la propiedad, y la información del Banco Mundial y de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPALC) nos dice que a nivel mundial la distancia del ingreso entre los veinte países de más altos ingresos y los veinte de más bajos ingresos se ha más que duplicado en el curso de los últimos cuarenta años (World Bank 2000:3), y que, asimismo, desde 1980 hasta la actualidad todos los países de América Latina con la sola excepción del Uruguay mantuvieron y en la mayoría de los casos ensancharon la brecha de la inequidad en la distribución del ingreso (CEPALC 2000:51). Estamos en presencia de un sistema económico mundial que distribuye inequidad entre países de altos y de medianos y bajos ingresos, y al interior de los países, con graves consecuencias sociales que se manifiestan también en materia de criminalidad.

De manera que la prospectiva de los países de América Latina para el corto y mediano plazo es mala, y se requerirá no solamente justicia penal para mejorar la situación, sino por sobre todo políticas adecuadas que contribuyan a lograr una distribución más equitativa del ingreso, y mucha justicia restaurativa para reducir la violencia de la criminalidad y de la respuesta penal.

Citas

CELADE, 1950-2050

Estimaciones y Proyecciones de Población 1950-2050, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, CEPAL, Naciones Unidas.

<http://www.eclac.cl/celade/proyecciones/xls/AMLpesto.xls>.

CEPALC, 2000

La brecha de la equidad: una segunda evaluación. Santiago de Chile.

WORLD BANK, 2000

World Development Report 2000/2001. Attacking Poverty, Washington.

JUSTICIA PENAL: REALIDAD Y FIN *

“¿Qué leyes son éstas que debo respetar, y que establecen tan gran distancia entre mi persona y la persona de un rico? (.....)¿Quién ha hecho semejantes leyes? Hombres Ricos o poderosos que jamás se han dignado visitar las miserables cabañas del pobre”¹.

Introducción

Si hablamos de buenas prácticas, sin duda nos lleva a pensar que existen malas o regulares prácticas, que no han sido invitadas a esta cita.

Es posible que las prácticas ordinarias sean la respuesta restitutiva que sin duda ocupa el lugar de lo instituido, lo legítimo.

A veces las buenas prácticas aparecen desde un no lugar.

O desde el lugar de la diáspora, el destierro, aquellas causas que llegan al ámbito judicial desde una lógica no delictual, sino desde otros márgenes, desde lo social, desde lo marginal, desde lo no resuelto por otra institución que se califica tanto con la no ayuda de todos, que se convierte en algo que el estado presume debe controlar desde el recorte del delito.

Aquí es donde se tiene la oportunidad de reciclar el conflicto, (a) calificándolo con intervenciones inadecuadas, o (b) se puede tener la oportunidad de no abordar nunca el conflicto con contingencias técnicas que entienden solo parte de los involucrados, (c) se puede optar por intervenir en el conflicto para que se reabsorba con el menor traumatismo posible; en este último caso se parte de la idea fuerza de restaurar.

1. La Justicia Restaurativa como género y la Mediación Penal como especie

Los procesos restaurativos constituyen un nuevo paradigma que hace eje en la reparación. Esto representa una verdadera ruptura de los principios de la Justicia ordinaria de base retributiva, basada en el pronunciamiento de sanciones que se extienden desde el pago de una multa hasta la privación de la libertad.

El tránsito desde la Justicia Retributiva hacia la Justicia Restaurativa supone una decisión de política criminal basada en la aplicación del principio de oportunidad procesal acompañando sin lesionar al principio de legalidad.

Esto es posible en base a la nueva impronta que adquirió nuestra Constitución con la incorporación de las mandas que en este sentido marcan la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dan una nueva conformación a nuestros marcos de gestión procesal.

Sin duda las modalidades de signo restaurativas son adecuadas, pero deben ser ingresadas en un marco de acuerdos institucionales que sean facilitadores de su significación, en pos de su propia eficacia, de los objetivos de afianzar la justicia, debido proceso, de defensa en juicio y en un marco digno de intervención.

Estas prácticas integrativas incorporarán otros operadores y otras dinámicas de resolución de los conflictos judicializados.

¿Entonces quiénes serían los involucrados aquí?

Con la Justicia Restaurativa **la comunidad** asume un rol fundamental afianzando la construcción de la respuesta al delito y la pacificación de las relaciones sociales.

*Silvana Sandra Paz, Silvina Marcela Paz y Mariano Ezequiel Muzio, Centro de Justicia Restaurativa (CEJUR), INECIP, Buenos Aires- Argentina.

¹ Beccaria Bonesana, Cesare, Tratado de los delitos y de las penas, trad. de Juan Antonio de las Casas, Ed. Comares, Granada, 1996, Capítulo XVI.

La víctima y el victimario trabajan activamente, a diferencia de lo que sucede en el proceso normal, se asume un rol *intuito personae* con responsabilidad, se parte de lo que cada uno percibió del conflicto, eso que fue tan grave como para que ingrese a la categoría de delito en su mente, en la del funcionario que le tomó la denuncia y habilitó la jurisdicción. Las partes son un fin en si mismo. Ejemplo, la víctima no es prueba, no es pericia, es conflicto circunstanciado, es el violentado, el asaltado, el estafado, el lesionado, etc.; y este nivel de realismo es uno de los valores que hacen de este procedimiento un proceso digno y vital.

La justicia restaurativa tiene cinco tópicos básicos:

- 1- El delito es más que una violación a la ley y desafió a la autoridad del gobierno.
- 2 - El delito implica una disrupción en tres dimensiones víctima/delincuente/comunidad
- 3 - El delito impacta en la víctima, su familia y en la comunidad.
- 4 - La víctima junto a la comunidad y el delincuente, todos deben participar para determinar que esta sucediendo, y cuál es el camino adecuado para la restauración.
- 5 - La respuesta debe basarse en las necesidades de la víctima y de la comunidad y no sólo en la necesidad de culpabilidad del infractor, los peligros que este presente y su historia delictiva.

Mediación Penal

La Mediación Penal es la expresión más extendida de la Justicia Restaurativa y constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.

La Mediación Penal, debe estructurarse como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando así una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social, quebrantada por la conducta contraria a la norma. Este proceso de mediación, debe ser analizado como una forma de que ambos actores intervinientes en ese conflicto, tanto el victimario como la víctima, lleguen a través de un entendimiento a una separación de ese conflicto, haciendo posible una reparación concreta del daño y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes en el marco del proceso de mediación penal.

En la Mediación Penal el asistido tiene derecho a la palabra, a que se pueda entender el conflicto, la historia y las huellas del sufrimiento. Es necesario darle importancia a la palabra, intervenir a tiempo hace eficaz la acción.

Entendemos al delito como generador de una herida en las personas y un quiebre en sus relaciones. Esto genera vulnerabilidad en las relaciones sociales y constituye una obligación de volver las cosas al orden.

El progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar sencillamente la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado preventiva, sin medios punitivos o autoritarios, haciendo desaparecer sus causales materiales. En una perspectiva semejante desde luego es posible la abolición de esa pena específica - inútilmente aflictiva e incluso criminógena- que es la reclusión carcelaria. Y más en general, es deseable la reducción cuantitativa de la intervención penal paralelamente a la superación de lo que Marx llamaba los focos antisociales donde nacen los crímenes: con la instauración de garantías jurídico-sociales de vida y supervivencia idóneas para eliminar las raíces estructurales de la desviación por razones de subsistencia, con la eliminación de los fenómenos de disgregación y de marginación social de los que nutren las subculturas criminales, con el desarrollo de la democracia y de la transparencia de los poderes públicos y privados cuyo carácter oculto e incontrolado está en el origen de gran parte de la actual criminalidad económica y administrativa².

Es en este rumbo, dentro de una concepción de un derecho penal reductor, donde debe encuadrarse la actuación de la mediación penal, como un verdadero instrumento del que puede valerse el operador jurídico, para enfrentar un conflicto determinado, evitando la intervención lesiva del poder punitivo, en ámbitos para los cuales no está, como hemos mencionado, apto para solucionar el conflicto planteado.

² Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 343.

La mediación penal no es modelo penal alternativo, sino una adecuada alternativa al modelo punitivo mismo, que intenta proveer una solución para “ese” conflicto y no un mero ejercicio del poder.

A mayor mediación, menor ejercicio del poder punitivo y mayor ejercicio de poder de solución de conflictos por vía de otros modelos³.

2. La Mediación Penal en la órbita del Derecho Penal Juvenil

En el marco jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849) encontramos consagrado el modelo de protección integral, en el que creemos se inserta a la mediación penal juvenil. Al interpretarlos como sujetos de derechos, se da al niño y a los adolescentes el reconocimiento de su status de ciudadano, capaz de pensar, pensarse, reflexionar y participar en las decisiones que se toman a su respecto, como titular de sus derechos.

El derecho a ser oído está reconocido en la norma del art.12 debiendo cumplirse durante todas las instancias administrativas y judiciales. En Infancia, comprende el derecho a que el niño forme un propio juicio, a que exprese su opinión, y a que sea escuchado, con el único límite de su biología.

En principio la norma que establece en su art. 40, 3. b) que los Estados partes deberán promover el «...establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades,... específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:... b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y garantías legales...».

Entre las reglas de Naciones Unidas en pro de la administración de Justicia de menores dispone que los Estados parte «... adoptarán medidas sustitutivas a la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa...», y en su art. 13.5 indica que...». Los menores recibirán cuidado, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que inquieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales».

En este orden de ideas podemos colegir que la mediación penal juvenil podrá tener una eficaz captación para habilitar su práctica, esto es, si se brindan espacios de capacitación para la apropiación de esta técnica, y se adecuan criterios organizacionales que faciliten la escucha activa, la inmediatez, den lugar a la reflexión y a la toma de conciencia por parte de los adolescentes o jóvenes.

Los jóvenes tienen el derecho a ser responsables y a que se les reconozca que son capaces de responder ante determinadas exigencias del sistema jurídico social, aunque, no lo serán en idénticos términos que un adulto. El problema sólo girará en torno a los diferentes niveles de responsabilidad y ello, en tanto los distintos grados de exigibilidad que plantea el sistema jurídico social a cada sujeto: al estar el derecho penal ordinario organizado para y con relación a los adultos, no puede exigírsele su contenido material a un niño en igual medida que a estos, pues se rompería el principio de no-discriminación.

Por otro lado, como ya lo señaláramos anteriormente, este derecho penal juvenil no debiera aplicarse a niños menores de cierta edad (por ejemplo, 13 ó 14 años), ya que el grado de desarrollo de su personalidad aconseja más bien la intervención no coactiva de organismos de protección social que de tribunales de justicia.

Hablamos de casos que recrean delitos contra la propiedad o de los sucesos que se dan en disfunciones familiares o en los casos de delincuentes primarios en su actuar, en caso de delitos cometidos por personas adictas todo ello bajo la idea ya expuesta de “limitarlas”, “garantizarlas” y “adecuarlas” a la etapa de vida que significa ser adolescente o joven. Así, siguiendo el Estatuto del Niño y el Adolescente

³ Obarrio María Carolina, Quintana María, Mediación Penal, Una resolución alternativa, Ed. Quórum, Bs. As.,2004, Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni, pág. XII.

de Brasil, se podrían contemplar medidas tales como: advertencia o amonestación, reparación del daño, realización de servicios comunitarios, entre otras.⁴

La penalización de algunas conductas genera niveles de acatamiento con un considerable costo psicosocial, pero no olvidemos que este tema los convoca a ellos los adolescentes y a los jóvenes, los que no resultan de ningún modo ajeno, por el contrario, muchas veces el delito como emergente deja al descubierto problemáticas de adicciones que se revelan como un peligro de extrema intimidad y una presencia real en su cotidianidad, realidad ante la cual resulta difícil sustraerse. Esto los alerta e intentan encontrar recursos de defensa, que a través de los sistemas complementarios de justicia como la mediación penal tienen la matriz de una re formulación de modos de enfrentar la problemática que excede la sanción y brindar una respuesta superadora.

El mecanismo para la Mediación Penal Juvenil debe ser participativo y voluntario. En ese sentido se deben fomentar programas de información pública para asegurar la participación de Gobiernos, y de la sociedad civil como red social y como potenciales usuarios.

La sustentabilidad de estos programas de Mediación Penal Juvenil descansa en la planificación que tome en cuenta y asegure la disponibilidad de recursos humanos y económicos.

Se debe reconocer que la resolución alternativa de conflictos es un componente valioso y legítimo del sistema de administración de justicia.

3.- Característica de los programas de Mediación Penal Juvenil

El principal objetivo de la Mediación Penal Juvenil es crear un ambiente seguro, donde se encuentren la víctima y el victimario para que puedan ambos conocer sus historias, escucharlos desde el lugar del otro, compartir sus opiniones, buscar soluciones, alternativas a su situación, y establecer un acuerdo para que el mediador pueda cumplir con este rol de facilitador.

Proporciona la oportunidad de:

1.- proyectar,

2.- vivenciar y

3.- diferenciar los sentimientos haciendo suyos los propios, y posteriormente de una manera sana sacar los conflictos y patrones interpersonales de vida de cada uno de los participantes.

Pretende recuperar el respeto de una persona hacia la otra y construir responsabilidades explícitas en sus acciones y propuestas.

Es indispensable conocer diestramente los derechos que involucren a la infancia, adolescencia y juventud, tanto del ámbito del derecho público como del derecho privado. Además son necesarias herramientas de mediación para lograr una comunicación eficaz y lograr espacios para pensar, reflexionar, reconocer, hablar, entender y perdonar.

La intervención interdisciplinaria es sumamente eficaz, por eso los aportes del área de salud mental como de trabajo social son constantes y permiten el seguimiento de los casos. Además, contar con datos de índole sociológico, sobre adicciones y sobre la problemática propia de la infancia y adolescencia en situaciones de riesgo social se vuelve imprescindible ya que es la que posee registro constante en la actualidad en Tribunales.

Indudablemente, para que se pueda dar una mediación en el ámbito de lo correccional, será necesario un reconocimiento del hecho por parte del adolescente o joven de su responsabilidad del hecho. Esto implicará un trabajo de los mediadores muy respetuoso en el ejercicio profesional dado que deberá tenderse a que el adolescente o joven pueda reflexionar sobre su accionar y logre un reconocimiento y responsabilidad para poder después sentarse frente a la persona damnificada, poder escucharla y ofrecer una reparación. Esto se realiza en el marco de la confidencialidad que acompaña a todo este proceso.

⁴ Imputabilidad Penal, Sancion y Justicia en Jóvenes y Adolescentes, Eduardo Gallardo Frías, Abogado, Profesor Ayudante Derecho Penal, Universidad La República de Chile, Gonzalo Berrios Díaz, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Primerasesis y 4 de diciembre de 1999. Parlamento Latinoamericano, Sao Paulo, Brasil.

La reparación es lo que hace que el infractor se encuentre confrontado con su conducta y las consecuencias que de ella se derivan y a su vez responsabilizarse por esas conductas, compensando después a la persona damnificada del modo que ellas acuerden. Este acto es reparatorio por el daño causado.

Hablar de las situaciones de violencia institucional en que se encuentran los chicos infractores sería volver sobre historias diarias, y esperas innecesarias, falta de espacios adecuados para las entrevistas con privadas superposiciones de intervenciones, falta de actualización, profesionales ritualizados trabajando en clave tutelar, procurando una comunicación que los adolescentes no comprenden.

En esta línea de idea actualmente los ciudadanos, en el sistema retributivo, sienten que muchas veces la ley no les toca; que ante un hecho ilícito no hay nada, y a veces sanción. Que ellos siguen siendo víctimas y por eso se agrupan en búsqueda de algo seguramente del tratamiento particularizado, cercano e inmediato, que afiance la efectividad de la respuesta legal.

4.- Criterios de Oportunidad: Una puerta abierta para la Mediación Penal Juvenil

La legislatura de la provincia, al sancionar la Ley 13.183, incorporó, los criterios de oportunidad al Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires para la justicia de mayores de 21 años. El artículo 56 bis, prevé las posibilidades en que el representante del Ministerio Público Fiscal pueda archivar las actuaciones, en las siguientes circunstancias:

Artículo 56° bis.- Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos:

1. Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión;
2. Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público;
3. Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados.

Como podemos observar en la norma anteriormente citada, el Estado provincial renuncia a la continuación de la acción penal, en este caso a través de un archivo de las actuaciones. Pero de todas maneras no prevé la posibilidad de una resolución definitiva del conflicto. Sólo archiva las actuaciones, cuando se presenten las circunstancias enumeradas en la norma, pero descarta toda posibilidad de que el Estado renuncie a la acción penal, en aquellos casos donde la víctima y el victimario, aplicando las técnicas propias de la mediación penal puedan alcanzar la verdadera finalización del conflicto.

Creemos con firmeza que la Mediación Penal Juvenil debe ser incorporada al código de rito, impulsando de esta forma la posibilidad concreta de clausura del procedimiento luego de que se alcance un resultado satisfactorio en el marco de la mediación. Este gran salto permitiría desligar al menor de un proceso penal que no lo protege y lo estigmatiza, y que sólo tiene como objetivo perseguir una verdad que no encuentra vinculación alguna con el modelo de protección integral consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Una vez más debemos esperar que los órganos que direccionan el poder punitivo decidan renunciar a la potestad que le otorga el principio de legalidad y permitan dejar fuera de la competencia del derecho penal conflictos que pueden ser resueltos sin su lesiva intervención.

5.- Complementariedad

La justicia restaurativa y en este camino la mediación penal para jóvenes es una forma más humana y participativa de tratar con el delito y no posee efectos inapropiados. Por ello observamos al menos en Argentina la incipiente y sostenida complementariedad con el sistema de respuestas de la justicia ordinaria, la que por ahora ingresa por la vía de lo alternativo. A esto nosotros lo vemos como un camino en vías de evolución, como un estado necesario para la concientización y comprensión de los operadores del sistema, cada uno de los ciudadanos y la comunidad en su conjunto.

La inclusión de complementariedad de los procesos restaurativos se va a producir con el tiempo por la selección que primero las víctimas y después el propio sistema registrará como válido.



25 de Mayo 544
Ciudad de Buenos Aires
Tel. (54-11) 5167-6500
www.derhuman.jus.gov.ar



*Secretaría Nacional
de Niños, Adolescencia y Familia*
MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL

Teniente Gral. J. D. Perón 524
Ciudad de Buenos Aires
Tel. (54-11) 4338 - 5800
www.senaf.gov.ar

unicef 

Junín 1940 PB
Ciudad de Buenos Aires
Tel. (54-11) 5098-7100
www.unicef.org/argentina