

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. *JUSTICIA RESTAURATIVA. POSIBLE RESPUESTA PARA EL DELITO COMETIDO POR PERSONAS MENORES DE EDAD* (BUENOS AIRES: RUBINZAL-CULZONI, 2004)

Katia Yanina Schilman¹

Las normas constitucionales e internacionales de Derechos Humanos que conforman el plexo normativo de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes² imponen los estándares mínimos que deben ser observados por el Estado, en caso de decidir perseguir penalmente a una niña, niño o adolescente (en adelante NNYA).

Así, de acuerdo con el derecho internacional, es necesario un Sistema de Justicia Juvenil que asegure no solo el respeto por las distintas garantías constitucionales requeridas en un Estado de Derecho para el juzgamiento penal de toda persona —v. gr. presunción de inocencia, defensa en juicio, plazo razonable—, sino también una protección especial para los NNYA en razón de su edad y etapa de desarrollo, conforme surge de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

Dicho instrumento, en sus arts. 37 y 40, al describir los derechos de todo niño de quien se alegue haber infringido las leyes penales, proporciona lo que Hermida Sanz, en *El nuevo proceso penal del menor*, describe como “[...] las ‘4 D’ típicas de la Justicia Restaurativa:

¹ Abogada, Especialista en Organizaciones Sin Fines de Lucro de la Universidad de San Andrés. Actualmente se desempeña como Prosecretaria coadyuvante de la Asesoría Tutelar de 1ª instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 de la CABA y como voluntaria en la clínica penal juvenil de la Fundación Sur Argentina.

² El paradigma o doctrina de la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes se inaugura con la Convención sobre los Derechos del Niño y refiere a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Para más detalles véase Emilio García Méndez, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998).

desjudicialización, desincriminalización, desinstitucionalización y *due process* (debido proceso)”, tal como referencia la autora³.

Pues bien, a pesar del avance normativo a nivel internacional y de su incorporación constitucional (art. 75 inc 22, CN), en Argentina se da la paradójica situación de que la vigencia de la ley 22.278 —sancionada durante la última dictadura militar— y la correspondiente faz tutelar⁴ del procedimiento especial para “menores” previsto en el Código Procesal Penal de la Nación (art. 412, CPPN), dificultan la tarea de adecuar las respuestas que las agencias penales brindan a los NNYA que transitan por el sistema penal, a los estándares arriba enunciados. Por ello, si bien el libro *Justicia Restaurativa* de Aida Kemelmajer de Carlucci fue editado en el año 2004, debido a la persistencia de la contradicción normativa, las observaciones de la obra mantienen plena vigencia en la actualidad.

La elección de esta obra se funda, también, en la riqueza que aporta la sistematización elaborada por la autora de las experiencias en otros países, que permiten obtener una visión esclarecedora de la situación de los NNYA protagonistas de conflictos jurídicos penales, tanto en Latinoamérica como en múltiples países de diversas culturas. A su vez, este trabajo brinda nuevos elementos a la discusión sobre el modo jurídico de otorgar respuestas no punitivas a algunos conflictos que involucran a los jóvenes. Tales elementos podrían resultar sumamente interesantes para quienes, de forma cotidiana, nos desempeñamos en el ámbito judicial, ya que desde allí se ofrecen/ofrecemos vías alternativas de resolución del conflicto —a fin de evitar las consecuencias gravosas e intrínsecas que el paso por las instancias de control social formal (comisaría, fiscalía, juzgados) producen sobre los NNYA—

Réstame aclarar respecto de la información de Argentina brindada en esta obra que, luego de su edición, se han sancionado importantes leyes en materia de protección de los derechos de la infancia que modifican ostensiblemente el marco normativo de reconocimiento de derechos de los jóvenes infractores, por lo que deberán ser consideradas para su necesaria actualización —pese a que la contradicción normativa arriba enunciada por la vigencia de la ley 22.278 aún persiste— A título ejemplificativo, a nivel nacional, cabe mencionar la ley 26.061 de “Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, que en su art. 76 deroga la ley nacional 10.903 de “Patronato de Menores”, y la ley 26.579, que establece la

³ Aida Kemelmajer de Carlucci, *Justicia Restaurativa*. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2004), p. 131.

⁴ Mary Beloff, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 1 (2005).

edad de 18 años para la mayoría de edad. En igual sentido, a nivel provincial, la ley 13.634 de la Provincia de Buenos Aires, y, localmente, la ley 2.451 de la CABA, regulan el régimen procesal penal juvenil.

La Justicia Restaurativa⁵ (en adelante JR) fomenta una concepción distinta del derecho penal juvenil a través de la incorporación de una variedad de prácticas que contemplen a la víctima, al autor e incluso a la comunidad, lo que supera la lógica de intervención tutelar que persiste en las prácticas de los operadores judiciales y policiales a nivel nacional.

La obra se divide en cinco capítulos. Los primeros dos se dedican a la teoría y se comienza por un recorrido de los modelos tradicionales de justicia penal juvenil mediante la explicación de su nacimiento, desarrollo y problemas generados, para luego adentrarse en el concepto de JR. En los capítulos tres y cuatro, se abordan los diversos programas existentes de JR y las experiencias internacionales, para finalizar luego con las conclusiones.

La autora comienza el primer capítulo exponiendo la crisis de la justicia y la consecuente necesidad de cambio. Sostiene que, tal como manifiesta Mónica Vázquez Larsson en *La Mediación Penal*, una vez cometido un delito lo deseable sería una reacción estatal inmediata, oportuna, proporcionada, garantista, responsabilizadora, educadora, provisional, modificable y de intervención mínima⁶. Sin embargo, afirma que esta respuesta está lejos de la realidad y que, si bien la crisis es atribuible a la administración de justicia en general, específicamente la justicia de NNYA no escapa a esta polémica.

En lo que respecta a las causas centrales de la crisis del sistema judicial penal juvenil, la autora apunta, en primer lugar, al perfil requerido del juez de niños y adolescentes y, en segundo lugar, a los demás operadores judiciales. Sostiene que la CDN exige un juez con formación específica en materia de derechos de los NNYA y que dicho requerimiento es extensible a todos los operadores (defensores, fiscales, policías, etc.) que conformen el sistema. Sobre ello, la autora cita ejemplos de mecanismos de designación y asignación de funciones en países como Estados Unidos, Francia y Uruguay, de cuyas experiencias se

⁵ A pesar de la confusión terminológica y conceptual reflejada en la variedad de términos utilizados (justicia positiva, pacificadora, reparativa, restauradora), para la autora es el término más ajustado ya que comprende a la víctima, al autor y a la comunidad. Véase en Kemelmajer de Carlucci, Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad, p. 107

⁶ Salvador Puentes Guerrero, “La protección de los derechos del niño. ¿Hay lugar para la mediación?” (ponencia en Primer Seminario Internacional en Minoridad y Familia, Mendoza, 2001). Véase también en Kemelmajer de Carlucci, Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad, p. 34.

desprende la impopularidad del cargo en algunos casos y la completa inadecuación al ideal planteado, en otros⁷.

Asimismo, repasa las razones que justificaron la creación de los tribunales penales de niños y adolescentes en Estados Unidos y, posteriormente en el resto de los países, destacando (I) la idea diversificadora de que los NNYA no fuesen juzgados por leyes o tribunales de adultos, ni cumplieran penas en las mismas prisiones y (II) la idea intervencionista concretada a través de programas que pretendían ayudar a “salvar” del delito a los NNYA. Seguidamente, la autora destaca las múltiples dificultades que la sistematización de los modelos presentan y describe en primer lugar el modelo de protección o tutelar que imperó en el nacimiento de los tribunales penales juveniles, para luego explicar/describir el de responsabilidad, caracterizado por la primacía otorgada a las garantías constitucionales en el proceso. Este capítulo reviste gran interés para un lector ajeno al tema, ya que permite genéricamente introducirse en la temática de la infancia, contando con una extensa cantidad de citas bibliográficas para acceder a distintas fuentes ante la necesidad de profundizar sobre los diferentes temas tratados.

En el Capítulo II, Kemelmajer de Carlucci describe a la Justicia Restaurativa como una variedad de prácticas destinadas a responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional. Resume el modelo con “las tres R”: responsabilidad (del autor, que debe responder por su conducta), restauración (de la víctima, que debe ser reparada para salir de su posición de víctima) y reintegración (del infractor, para restablecer los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito).

Para una acabada comprensión del significado de la JR es interesante destacar la enumeración de los intereses amparados por esta, en cuanto a que no solo está orientada — prioritariamente— a la satisfacción de las necesidades de la víctima, sino que también contempla, entre otras finalidades, la disminución de la población carcelaria, considerando la lesividad de la privación de libertad para los derechos de los NNYA.

Se analiza también el rol de los distintos actores dentro del conflicto, tales como el Ministerio Público, policía, equipos interdisciplinarios, facilitadores, voluntariado y otros

⁷ Cita un ejemplo de Estados Unidos en donde la designación como juez de NNYA es una suerte de penalidad contra un juez que ha tomado decisiones impopulares en tribunales de adultos o se ha mostrado como un juez incompetente. Véase en Kemelmajer de Carlucci, Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad, p. 28.

servicios a disposición del tribunal, como una visión más holística de la JR que incluye y asigna funciones también a estos.

Realiza una consideración importante sobre el hecho de que los métodos alternativos de resolución de conflictos no son “inmunes” a la violación de Derechos Humanos, y que los derechos fundamentales del proceso penal (presunción de inocencia, derecho a la defensa plena, a que se indique cuál es la prueba de la que debe defenderse, etc.) también deben respetarse en el marco de la JR⁸. El capítulo finaliza con un planteo más que interesante vinculado a la posibilidad práctica y concreta de integrar la JR al sistema de justicia tradicional, enumerando una diversidad de propuestas cuyo entendimiento se ve favorecido por el desarrollo del capítulo IV sobre experiencias de su implementación en otros países.

En el capítulo III aborda los programas de JR al señalar primero las pautas generales aceptadas por la mayoría de operadores que propician sus valores fundamentales. Destaca, en primer lugar, que no hay un modelo único a través del cual la JR intenta resolver el conflicto, y que es indispensable la mejor voluntad de las partes —ya que estos programas solo pueden ser usados si estas se han sometido libremente a ellos. También se debe considerar que el resultado debe ser razonable y proporcional a la responsabilidad de los involucrados y, finalmente, que se pueda recurrir a estos mecanismos en cualquier etapa del proceso, incluso después de la sentencia.

Así, analiza los programas más frecuentes de JR —como la mediación entre víctima y ofensor- y aclara que el proceso de mediación penal juvenil se caracteriza por permitir a la parte lesionada expresar su punto de vista y al autor del ilícito la de asumirse en su propia responsabilidad y la reparación por el daño cometido. A diferencia de otros tipos de mediación, lo importante no es ya el acuerdo al que se arriba, sino que la discusión recae sobre el impacto total que el conflicto genera en la vida de las partes. Explica, también, que el programa se compone de reuniones que pueden ser descritas como la deliberación entre las redes o grupos de trabajo del ofensor y de la víctima.

Finalmente, menciona el programa de círculos, aclarando que existen diversos tipos que difieren en sus propósitos, tanto en los sujetos participantes y en el rol que cumplen. Señala

⁸ A título ejemplificativo, la autora cita una reunión restauradora en la que se corre el riesgo de convertirse en una reunión punitiva en el marco del pánico moral de una comunidad luego de una serie de crímenes aterradoros. Véase en Kemelmajer de Carlucci, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, p. 197.

que normalmente se habla de una preocupación común a todas las partes (por ej. mujeres que han sido víctimas de abuso sexual), que pueden también ser grupos de apoyo para ayudar a alguien (como grupos que apoyan a las víctimas o a los que han sido condenados) y luego describe los casos más difundidos de *healing circles* (círculos sanadores) y *sentencing circles* (sentenciar con el grupo).

Como se ha anticipado, el capítulo IV refiere a la experiencia de la JR en diversos países, entre las cuales cabe destacar, por sus buenos resultados, la de la aplicación de la mediación víctima-ofensor en Austria y la implementación de la reunión del grupo familiar en Nueva Zelanda. Lamentablemente, debido a la falta de información acerca de la implementación de programas de JR para los países latinoamericanos, la autora se limitó a transcribir la normativa aplicable.

Luego, en el último capítulo, se exponen conclusiones y propuestas provisorias para la implementación local de la JR a modo de punteo, algunas de las cuales deberían destacarse por la claridad que aportan al significado de JR y su posible puesta en funcionamiento. En este sentido, la autora señala que la JR no significa convertir el proceso penal en un proceso sin garantías sino que se busca un cambio de mentalidad; no se trata simplemente de un nuevo programa o técnica, sino que es aún más ambicioso. Aclara también que la reflexión no debe ser aislada sino que el debate debe darse dentro del Poder Judicial, en los otros poderes del Estado, en la Universidad y más extensamente en la opinión pública. Esta propuesta no significa ni pretende solucionar todos los problemas y, a su vez, admite y requiere monitoreo permanente, flexibilidad de los programas y constante experimentación, por lo que debe considerarse siempre esencial la existencia de una red social que ayude al joven infractor.

A modo de reflexión, considero que la obra cumple acabadamente con los fines propuestos, ya que aún no siendo la autora especialista en el tema (tal como ella reconoce en el prólogo), la rigurosidad de la investigación llevada a cabo hace honor a su reconocimiento como jurista. De este modo, el recorrido de la obra permite la comprensión de la complejidad que atañe a la cuestión de la infancia así como también las posibles vías alternativas para abordar los conflictos jurídicos penales de los NNYA.

A su vez, pese a la incorporación de la mediación penal juvenil o la remisión como métodos de resolución alternativos de conflictos en algunas legislaciones provinciales con posterioridad a la edición del presente libro, escasean las investigaciones relativas al encuadre

de estos procedimientos dentro de la JR, su impacto, evaluaciones de experiencias de los participantes, la tasa de reincidencia, la cantidad de casos de acuerdos, entre otras variables, por lo que nuevamente se destaca la gran utilidad de la presente obra.

A modo de conclusión, comparto con la autora sobre lo que respecta al resultado negativo de la estandarización de soluciones para situaciones estereotipadas y tipificadas propias del sistema judicial y del sistema normativo penal, cuando se ven involucrados NNYA infractores. Toda vez que se encuentran en un proceso de crecimiento y formación, coincido con la necesidad de soluciones particularizadas. Por lo tanto, entiendo que es importante considerar la propuesta global de la obra con respecto a la incorporación de la JR como un abordaje superador del problema desde una nueva perspectiva.