

Trabajo Final

**La Mediación Penal Juvenil y su concordancia
con los lineamientos de la Convención sobre
los Derechos del Niño.**



Carrera de Abogacía
Universidad Empresarial Siglo 21

Mariel Jesús Zanini.
Año: 2015



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

Resumen

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el paradigma de la “Protección Integral”, concibiendo al niño como sujeto titular de los mismos derechos que resultan titulares los adultos, más un plus de derechos específicos debido a su condición de persona en desarrollo. De la misma manera, se refiere a la situación del niño frente a la ley penal, imponiendo a los Estados el deber de delinear un sistema que se enrole decididamente en la posición de excluirlo del régimen aplicado a los adultos. La Mediación Penal emerge en este escenario, y el presente trabajo se centró en dilucidar si este mecanismo es una alternativa que concuerda con las directrices de la Convención, indagando en las opiniones doctrinarias, antecedentes jurisprudenciales y la recepción legislativa local y extranjera.

Abstract

The Convention on the Rights of the Child enshrines the paradigm of "comprehensive protection", conceiving the child as a subject holder the same rights as are adults, plus a bonus of specific rights holders due to their status as developing person. In the same way, it refers to the situation of children in front of the criminal law, and imposes on States the duty to outline a system that enrolls decidedly in the position to exclude the regime applied to adults. Criminal mediation emerges in this scenario, and the present work focused on elucidating whether this mechanism is an alternative that is consistent with the guidelines of the Convention, examining the scholarly opinions, jurisprudence and local and foreign legislative reception.

INDICE

- **Introducción. Definición de objetivos generales y específicos. Metodología.....6**

Capítulo I: Paradigma de la Protección Integral y su recepción en la Ley 26.061

1. Introducción.....	11
2. De la situación irregular a la Protección Integral.....	12
3. El Sujeto de la Convención.....	14
a. El Interés Superior del Niño.....	14
b. El Derecho a ser oído y su capacidad progresiva.....	17
4. El niño frente a la ley Penal.....	20
a. Principio de Especialidad.....	21
b. Derecho a la educación.....	23
c. Garantías procesales para el niño que asume conductas desviadas de naturaleza penal.....	25
d. Acceso a la justicia.....	25
e. Defensa Técnica.....	26
f. Compromiso estatal.....	27
g. Edad mínima de imputabilidad penal.....	28
5. Conclusiones.....	29

Capítulo II: Modelos para abordar el delito juvenil

1. Introducción.....	31
2. Modelos tradicionales de la llamada “justicia penal juvenil”: Del Modelo tutelar al Modelo de responsabilidad.....	31
3. Crisis de los modelos tradicionales y nuevas tendencias.....	34
a. La desjudicialización.....	34
4. Conclusiones.....	36

Capítulo III: Un nuevo modelo: La Justicia Restaurativa, Reparativa o Restitutiva.

1. Introducción.....	38
----------------------	----

2. Terminologías, definiciones y origen.....	39
3. Normativa emanada de organismos internacionales, en el ámbito de los Derechos Humanos, en los que se funda la Justicia Restaurativa.....	41
i. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989).....	41
ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).....	42
iii. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) (1985).....	42
iv. Documento sobre Acción para el Sistema Penal de Justicia Juvenil del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1997).....	43
v. Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños, Estrasburgo (1996).....	44
vi. Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa.....	44
vii. Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa(2009)....	45
4. El rol del enfoque restaurativo en la justicia juvenil.....	47
5. Justicia restaurativa y principios fundamentales del proceso penal: Principio de legalidad. Principio de inocencia. Principio de intervención mínima. El derecho a la asistencia legal. El derecho al abogado. Derecho a un proceso equitativo, sin dilaciones indebidas. Principio de proporcionalidad.....	49
6. Conclusiones.....	52

Capítulo IV: La Mediación Penal, como programa de Justicia Restaurativa

1. Introducción.....	55
2. Definiciones (i) Características (ii). Objetivos (iii).....	55
3. Como Alternativa al proceso o como alternativa a la pena.....	60
4. Criterio de oportunidad procesal.....	62
5. Ámbito de aplicación.....	63

6. Inconvenientes para su aplicación.....	65
i. La capacidad.....	65
ii. Presunción de inocencia, derecho al silencio y al justo proceso.....	66
7. Conclusiones.....	67

Capítulo V: Recepción del instituto de la mediación penal juvenil

1. Introducción.....	70
2. Recepción del instituto de la mediación penal juvenil en las legislaciones provinciales.....	71
i. Neuquén.....	71
ii. Tierra del Fuego.....	74
3. Recepción normativa en la legislación comparada.....	77
i. Costa Rica.....	77
ii. España.....	79
4. Conclusiones.....	82

Capítulo VI: Antecedentes Jurisprudenciales

1. Introducción.....	85
2. Local: Tribunal Oral de Menores N°2 de Capital Federal.....	85
3. Nacional: Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	87
4. Internacional: Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	91
5. Conclusiones.....	94
• Conclusiones Finales	96
• Anexos	106
• Bibliografía	131

INTRODUCCIÓN: Definición de objetivos generales y específicos. Metodología

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, tuvo como antecedente las Reglas de Beijing de 1985 y como complemento las Directrices del Riad de 1990, además de las normas para la Protección de Menores Privados de la Libertad del mismo año. Su redacción coincide en gran medida con la de estos textos.

La Convención Internacional fue aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.849 de 1990, e incorporada en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994.

A lo largo de su texto exterioriza el Interés Superior del Niño (art. 3°, incs. 1; 9° inc. 1 y 3; 18, inc. 1; 20 inc. 1; 21, 37, c y cc). El art. 3.1 de la CDN establece que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

De la misma manera, consagra el *Paradigma de la Protección Integral*, concibiendo al niño como sujeto titular de los mismos derechos que resultan titulares los adultos, más un plus de derechos específicos debido a su condición de persona en desarrollo.

Lo importante de este giro paradigmático es dejar de ver al niño, niña o adolescente (en adelante NNA) como un “objeto de protección” para ver y tratarlo como “sujeto”, el derecho a ser oído antes de la toma de cualquier decisión que repercuta sobre su persona, asumiendo que nadie puede disponer de su vida y sus derechos, también implica que él debe hacerse cargo, en su medida de las responsabilidades que le competen por sus actos ante la sociedad.

Asimismo, 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.

Ante esta situación actual y teniendo en cuenta la finalidad socioeducativa de la pena, aparece la mediación, en el marco de la justicia penal restaurativa, como una posibilidad a tener en cuenta al momento de construir un sistema de administración de justicia alternativo para los jóvenes y adolescentes a quienes se les atribuya la comisión de actos que encuadren en infracciones a la ley penal.

La mediación emerge en este escenario como un mecanismo de resolución de conflictos, dando a las partes la posibilidad de solucionar la disputa teniendo en cuenta los intereses de la víctima y del autor juvenil.

Esto nos ubica también frente a un nuevo modelo, todavía en fase de consolidación, que trata de aportar para resolver cuestiones que el derecho penal, basado exclusivamente en el principio de legalidad y la retribución de la pena, no es idóneo para solucionar: “la Justicia Restaurativa”, que ofrece un nuevo enfoque en la búsqueda de justicia que sitúa a víctima e infractor en el centro, una nueva forma de resolución de conflictos en el que las propias partes implicadas en un conflicto específico (víctima, infractor y comunidad –primaria y/o secundaria) se encuentran y buscan, por medio del diálogo/consenso, y con la ayuda de un facilitador capacitado (el mediador o equipo de mediación) la solución de la divergencia, de manera que la reparación de los daños y la reintegración de las partes se presentan como medida conveniente para todos.

El presente trabajo pretende indagar en las opiniones doctrinarias y la jurisprudencia, como así también, investigar la recepción legislativa local comparándola con la extranjera, intentando dilucidar si esta metodología es una alternativa que concuerda con las directrices de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y adolescente, en los casos de delitos cometidos por personas menores de edad.

Para ello, se plantea una serie de objetivos específicos. En primer lugar, analizar el paradigma de la Protección Integral consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, sus pautas y la recepción de éstas en la Ley 26.061.

En segundo lugar, caracterizar a la luz de distintas opiniones doctrinarias, los modelos tradicionales para abordar el delito juvenil, sus aciertos y desventajas.

En tercer lugar, describir el modelo llamado Justicia restaurativa, reparativa o restitutiva, examinando la doctrina y documentos internacionales, sus reglas sobre distintos aspectos relacionados a la justicia juvenil restaurativa y su vinculación con los principios fundamentales que rigen el proceso penal.

Como cuarto propósito, definir el instituto de la Mediación Penal, sus características, objetivos y fines; como método alternativo de resolución de conflictos (R.A.C) dentro de los programas de justicia restauradora.

En un quinto punto, analizar, la recepción del instituto de la mediación penal juvenil en algunas legislaciones provinciales; para luego, examinar la legislación comparada en la materia que nos ocupa.

Finalmente, como último objetivo, se plantea distinguir precedentes jurisprudenciales nacionales, provinciales y extranjeros, sobre la temática planteada.

Encuentra justificación esta investigación porque, en el caso del sujeto joven o adolescente y en función de la etapa evolutiva por la que transita, las consecuencias de la manipulación coercitiva y violenta a la que es sometido a través del proceso penal tradicional, son nefastas.

Precisamente porque estamos hablando de la etapa humana en que se produce el paso desde la infancia a la edad adulta, de la dependencia a la autonomía. El momento de la búsqueda del reconocimiento y de la necesidad de adquirir mayor seguridad para poder dejar de ser objeto y convertirse en sujeto (Nordenstahl, 2010, p.140).

El art. 40 de la CDN conforma el núcleo normativo referido a la situación del niño frente a la ley penal, delineando un sistema de protección que se enrola

decididamente en la posición de excluirlo del régimen aplicado a los adultos, sin perjuicio de resaltar la vigencia de garantías esenciales, de índole general, y particulares en consideración a la especificidad del sujeto (D'antonio, 2001).

El inciso 3 de este artículo, comienza con la consagración del compromiso estatal de promover leyes, procedimientos, autoridad e instituciones específicos para atender la situación de niños con conducta desviada de índole penal. De la misma manera, el artículo 30 de las Reglas de Beijing y los artículos 60 y 62 de las Directrices de Riad convocan a los estados partes a una investigación, evaluación y revisión periódica del estado de situación de aquellos jóvenes que son imputados de cometer delitos 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.

El desafío es elucidar, a través de la definición de conceptos claves, del análisis de la doctrina y la jurisprudencia, y del examen de algunas de las experiencias existentes, si la “mediación-reparación”, es una alternativa válida para abordar los casos de delitos juveniles respondiendo al principio rector contenido en la Convención de los Derechos del Niño, como lo es el “Interés Superior del Niño” o el “Mejor Interés del Niño”.

De esta forma, se considera que el tema a tratar en el presente trabajo de investigación contribuirá a enriquecer el debate que se está dando actualmente en nuestro país acerca de la sanción de una Ley de Justicia Penal Juvenil, la que esperamos resulte acorde con las obligaciones asumidas nacional e internacionalmente a partir de la jerarquía constitucional de la Convención, evitando violaciones de los derechos y libertades fundamentales de los niños, niñas y adolescentes cuando éstos se hallen en conflicto con la ley penal.

En cuanto a la metodología que se empleó para llevar a cabo los objetivos propuestos, entendida ésta como “*el conjunto de reglas, procedimientos y criterios*” (Yuni y Urbano, 2006, p. 9), fue el estudio y evaluación de los cuerpos teóricos

disponibles y la evidencia empírica existente sobre Derecho Internacional en materia penal minoril y Mediación Penal concebida desde la óptica de la Justicia Restaurativa, estableciendo luego relaciones entre ambos tópicos para responder al problema de investigación planteado.

Se eligió como diseño de investigación el llamado “Descriptivo”, por ser el más compatible con los intereses investigativos esbozados, con la naturaleza del objeto y con los tipos de interrogantes que se formularon, apuntando a hacer una representación del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales.

Para ordenar los procesos de obtención, análisis e interpretación de datos, se seleccionó la estrategia metodológica cualitativa en virtud de la naturaleza del objeto y los interrogantes planteados.

Asimismo, para la detección y selección de los materiales significativos, en función de las preguntas de investigación que se plantearon, se recurrió tanto a fuentes primarias, como a secundarias.

En cuanto a las primarias, se analizó y se extrajo información directa de la jurisprudencia y la legislación, ya sea emanada por organismos internacionales, como así también nacionales y provinciales. Luego, se apeló a la secundaria, a fin de extraer de la doctrina, contenida en libros y revistas especializadas, su reelaboración respecto de las primeras.

Capítulo I: Paradigma de la Protección Integral y su recepción en la Ley 26.061

1. Introducción

La sanción y promulgación de la ley 26.061 en nuestro país, fue una consecuencia de un cambio de paradigma operado y posibilitó que el Estado argentino cumpliera con las obligaciones internacionales contraídas oportunamente y que, desde un campo normativo expreso, se concretara el derecho constitucional de familia en la satisfacción de la plena eficacia de los derechos fundamentales y humanos de las niñas, niños y adolescentes (Gil Domínguez y otros, 2007).

Ahora bien, respecto del progreso del reconocimiento de la condición del menor como sujeto de derecho, para D´antonio (2001), en nuestro país sucedieron previamente dos hitos que fueron esenciales: la sanción de ley 23.849 (27/09/1990) y la posterior consagración del carácter constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

La reforma constitucional operada en el año 1994 significó el otorgamiento de fuerza normativa constitucional de manera originaria o derivada a instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22; lo que implicó la necesaria convencionalización y constitucionalización de los ordenamientos jurídicos secundarios.

Si bien nuestro país se tomó un plazo de quince años para sancionar el ordenamiento interno pertinente, la Ley 26.061 (sancionada 28/09/2005) claramente sigue la orientación adoptada por la CDN, lo cual implica a nivel nacional la reafirmación del aludido cambio cultural, una nueva relación entre niñez, Estado, Derecho y Familia. A esta interacción, se la conoce como el modelo de la “Protección Integral de los Derechos”.

En ese modelo subyace la idea de los niños y adolescentes como “sujetos” de derecho, y no meros “objetos” de protección, en tanto que titularizan todos los derechos que gozan los adultos (civiles, económicos, sociales y culturales), más un plus de

derechos propios por su condición de personas en desarrollo (Gil Domínguez y otros, 2007, p.24).

En América Latina se han sancionado legislaciones del tenor de La ley 26.061, como el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano (2006), el Estatuto de la Crianza y el Adolescente brasileño (1990), el Código peruano de los Niños y Adolescentes (2000), entre otras.

Todas estas normativas observan una mayor o menor extensión en las materias o temáticas que regulan. Algunas se refieren solo a los derechos del niño en relación con la familia y otras también regulan lo atinente a la responsabilidad penal juvenil.

En este contexto podemos afirmar que la ley 26.061 posee una estructura caratular mínima, circunscripta a cuestiones generales y dejando afuera todo lo relativo a la responsabilidad penal juvenil.

La Ley 26.061 no regula los aspectos penales, sin embargo el artículo 19 fija el derecho a la libertad, mientras que el Decreto 415/06, reglamentario de la ley, establece en el artículo 19 los alcances que tendrá la privación de libertad cuando se trate de niños niñas y adolescentes y para ello, considera varios instrumentos como parte integrante de la norma. Por su parte, el artículo 27 de la ley regula las garantías mínimas de procedimiento.

A continuación se analiza la doctrina de la “Protección Integral” consagrada en la Convención de los Derechos del Niño, sus lineamientos centrales, algunos de ellos incluso, receptados en la Ley 26.061, de los cuales puede llegar a derivarse la conveniencia de la aplicación del instituto de la mediación penal en los menores.

2. De la situación irregular a la Protección Integral

La doctrina de la protección integral ha producido un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez a partir de la CDN, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la “Situación Irregular” o “Modelo Tutelar”, que consideraba a los niños como “menores”, “incapaces” y “objetos” de

protección y representación por parte de sus progenitores (o demás representantes legales)- y del estado (Gil Domínguez y otros, 2007).

El eje normativo de la doctrina de la “Situación Irregular” ha sido en nuestro país la Ley 10.903 del año 1919, conocida como “Ley de Agote”, “Ley de Patronato de Estado” o “Ley de Patronato de Menores”.

Esta norma permitía la disposición de los menores como “objeto” de tutela por parte del Estado a través del Poder Judicial, mediante un proceso tutelar dirigido por un juez con facultades prácticamente omnímodas, signado por la negación de los principios, derechos y garantías del debido proceso reconocidos constitucionalmente a los adultos en las mismas condiciones (Gil Domínguez y otros, 2007).

Los Jueces tenían la potestad de declarar la situación irregular del niño o adolescente en situaciones conflictivas, ya sea cuando cometían violaciones a la ley o cuando se declaraba el abandono o peligro material y/o moral o económico, más allá de ver si era infractor o víctima (Ríos, 2013,).

El instituto del Patronato del Estado es eliminado del ordenamiento jurídico a través de la derogación de la ley 10.903, por el art. 76 de la ley 26.061 y tuvo como consecuencia el estremecimiento de todo el ordenamiento jurídico sobre el cual se erigían las medidas de carácter tutelar administradas con discrecionalidad por los magistrados (Ríos, 2013, p. 35).

El nuevo paradigma de la protección integral, concebido por la CDN, propone una interacción distinta, más democrática y horizontal en lo que atañe a la relación paterno-filial. Se garantiza una función formativa de los padres mediante un especial vínculo donde el niño ya no asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitado de los padres (Gil Domínguez y otros, 2007).

Puede decirse que la CDN propicia “*una forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos*” (Gil Domínguez y otros, 2007, p.20), es decir, permite expandir la ciudadanía a la infancia reconociendo que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos y que los Estados partes deben adoptar las medidas administrativas,

legislativas y de otra índole para dar efectividad a esos derechos reconocidos. Así lo expone el art.1° de la ley 26.061 *“Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del Interés Superior del Niño”*.

3. El Sujeto de la Convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño define como “niño” a *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”* (art. 1° de la CDN), norma a la cual se adecua la República Argentina a partir de la Ley 26.579 del año 2009.

Por su parte, el preámbulo de la CDN estipula que *“El niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”*.

Como sostiene Juan Pablo Ríos (2013), es lógico pensar que los niños, niñas y adolescentes (NNA) ante una situación de conflicto, que ha sido causada por ellos o de la cual ellos son víctimas, necesitarán de ese trato especial y diferenciado, ya que el conflicto que se presenta ante sus ojos no es el mismo que se presenta ante una persona mayor de edad, tampoco ante un ilícito se los puede juzgar con los mismos parámetros clásicos del derecho penal por más que se les entreguen mayores garantías.

a. El Interés Superior del Niño.

La Convención sobre los Derechos de Niño a lo largo de su texto exterioriza el Interés Superior del Niño.

El art. 3° reza: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Es importante subrayar que no es una mera declaración, ni un simple deseo, ya que su carácter obligatorio está previsto en el art. 4°, mediante el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra

índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención “*Si bien es un concepto que se ha elaborado desde la doctrina, debemos tener en cuenta que se trata de un concepto indeterminado en cuanto a su extensión*” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 125).

Dentro de un marco polémico la doctrina internacional ha intentado delimitar el concepto, y algunos doctrinarios han advertido que los valores que se han utilizado para dar contenido al principio, suelen partir de criterios discrecionales y paternalistas. En este sentido se ha afirmado que la expresión “en el interés superior del niño” puede reflejar un autoritarismo benévolo.

Aída Kemelmajer de Carlucci (2009), nos ilustra al respecto, que la indeterminación dificulta concretar su contenido, a punto tal que la doctrina de la “situación irregular” que fundó el modelo rehabilitativo y en la que tantas veces quedaron olvidadas las garantías procesales y penales, también se fundó en ese interés superior, pues la mayoría de las medidas se fundaban en la necesidad de “salvar al niño”.

En esta misma línea se ha previsto que la noción general del interés superior del niño, que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del interés superior del niño. (Gil Domínguez y otros, 2007).

Frente a este panorama indeterminista y abierto del concepto se han seguido a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial dos sistemas. Por un lado el anglosajón que ha optado por integrar una lista de situaciones entre las que se incluye el interés general del niño y que serviría a la autoridad encargada de interpretarlo a modo de guía de su decisión (Ej. “children act” de 1989 del ordenamiento inglés), y por el otro lado, los ordenamientos jurídicos germánicos y latinos, en los que el interés del niño suele aparecer tipificado a través de una “cláusula general”, de manera que la autoridad

encargada de aplicarlo tiene la obligación de realizar un juicio de concreción con el fin de situar su contenido.

El empleo de cláusulas generales requiere de una doble labor por parte del intérprete. En primer término la de precisar el significado y contenido del concepto (en que consiste el interés del niño); y luego la de comprobar en que situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que pretendió captar la norma, o sea, lo que más conviene a un niño determinado en un caso concreto. (Gil Domínguez y otros, 2007).

En esta senda, y siguiendo a los sistemas que se han inclinado por tipificar dicho concepto mediante una cláusula general, pero con el afán de reducir al mínimo el margen de discrecionalidad de la autoridad pública en la determinación de su alcance, el art. 3° de la Ley 26.061, ha definido al interés superior del niño como: *“la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”*.

Asimismo, esta norma, mediante una enumeración no taxativa, especifica ciertos cánones que podríamos calificar como de “mínima” en torno de la interpretación del concepto del “interés superior del niño”.

De la misma forma, con ánimo de delimitar la locución, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, a través de la opinión consultiva 17/2002, señaló que el Interés Superior del Niño debe ser entendido: *“como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y de la adolescencia, constituyendo un límite a la discrecionalidad de las autoridades en las decisiones relacionadas con los niños. Este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos”* (Gil Domínguez y otros, 2007).

Ahora bien, ha dicho la doctrina que en la aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (Gil Domínguez y otros, 2007).

En este sentido, en un caso donde se haya suscitado una disputa entre el interés del niño y el interés familiar, la CSJN sostuvo en un fallo¹ del año 2005 que: *“la regla jurídica que ordena sobreponer el interés superior del niño a cualquier otra consideración...tiene el efecto de separar conceptualmente de aquel interés del niño como sujeto de derechos individuales o colectivos, incluso llegado el caso, el de los padres”* (Ríos, 2013, p. 37).

Ello no significa, como expresa Juan Pablo Ríos (2013), aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su padre y madre, sino solamente, que desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir *con*, pero no se reducen *a*, los de sus mayores.

Al respecto, Cecilia Grosman indica que el adjetivo “superior” simboliza la idea de que el niño ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado; pero en modo alguno ello significa dejar de tomar en cuenta los demás intereses en juego (Gil Domínguez y otros, 2007).

Finalmente, y en cuanto a la aplicación del principio del “interés superior del niño” en el proceso penal juvenil, visto como un “principio garantista”, es dable mencionar que para algunos autores implica que todas las decisiones que se tomen deben tener por fin primordial contribuir a la educación y al desarrollo de la personalidad de quien ha manifestado una actitud antisocial para que no vuelva a repetirlo en el futuro. (Kemelmejer de Carlucci, 2009).

b. Derecho a ser oído y su capacidad progresiva

Si el interés superior del niño implica necesariamente el reconocimiento de sus derechos, no es posible decidir a la luz de dicho interés sin permitir que el niño ejerza el que constituye el eje central de tal sistema de derechos: el derecho a expresar su opinión. De lo contrario los intérpretes estarían asumiendo una suerte de poder omnímodo y paternalista, ajeno a un Estado Constitucional de Derecho que debe garantizar el debido proceso y la adecuada defensa en juicio (art. 18 CN). Es decir,

¹ CSJN “s, c s/ adopción”, 02/08/2005, Fallo 328: 2870.

como afirma Pérez Manrique, “*Sin considerar los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico*”(Gil Domínguez y otros, 2007, p.94).

En definitiva, la síntesis de los principios reconocidos por la ley 26.061 y que encuentran su fuente inmediata en la CDN nos llevan a resolver el dilema planteado en función a dos ejes: La madurez del niño y la necesidad de decidir conforme con sus deseos y opiniones. A mayor desarrollo o madurez del niño, mayor “peso” tendrá su opinión a la hora de delimitar su interés superior. (Gil Domínguez y otros, 2007).

Es que el derecho del niño a expresar su opinión, consagrado en el art. 12 de la CDN y en la última parte del art. 2 de la Ley 26.061 es un derecho que está íntimamente vinculado con el principio de capacidad o autonomía progresiva de niños y adolescentes.

La autonomía progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos fundamentales resulta explicitado en tres normas de la ley 26.061: el art. 3° - interés superior del niño- destacando en su inc. d) que se debe respetar su “*edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales*”, el art. 19° – derecho a la libertad – cuando en su inc. a) dispone que el derecho comprende: “*tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades...*” y el art. 24° que subraya en su inc. b) que para reconocer sus opiniones serán “*tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo*”.

El ejercicio progresivo de los derechos fundamentales constituye un derecho en si mismo, cual es el derecho a la “autodeterminación”, es decir, el derecho de los niños, niñas y/o adolescentes a decidir autónomamente respecto de las cuestiones que lo afectan. En definitiva la CDN ha venido a marcar una resignificación de las relaciones paterno-filiales, imponiendo la necesidad de armonizar la legislación civil de nuestro país en materia de “patria potestad” (Gil Domínguez y otros, 2007).

Lo cierto es, que existen discordancias entre el sistema de capacidad de nuestro Código Civil y las disposiciones de la Ley 26.061. En cuanto a esto la doctrina nacional ha sostenido dos posturas. Si bien ambas, parten del presupuesto de que la ley no ha

modificado el sistema de capacidad previsto por el Código, una se muestra más impermeable a la recepción del principio de la autonomía progresiva, y la otra busca conciliar y armonizar ambas posturas.

En la primera se enrola Augusto Belluscio, quien afirma categóricamente que no es aceptable que la opinión del niño deba ser tomada en cuenta “primordialmente” para arribar a una decisión que lo afecte, en virtud de que se trata de personas que no han alcanzado su pleno desarrollo, a las cuales el Código no les reconoce discernimiento (Gil Domínguez y otros, 2007).

En una postura favorable a la armonización de ambas normativas se encuentra Mauricio Mizrahi quien advierte que los art. 54, 55 y 59 del Código Civil tendrán que ser reinterpretados por la judicatura y no podrán ya ser considerados en su sentido literal, puesto que los niños podrán ejercer todo lo que hace a sus derechos personalísimos sin acudir al auxilio de terceras personas, en la medida de su madurez y desarrollo; ello a pesar de lo que surgiría de una fría lectura de los artículos mencionados (Gil Domínguez y otros, 2007).

Lo cierto es que el régimen de representación previsto en el código (art. 57) no fue derogado por la ley 26.061 y; del sistema en su totalidad, surge la paradoja de que el niño, por un lado, es formalmente titular de una plena autonomía en función de su edad y desarrollo; y por el otro, el ordenamiento civil no prevé los medios necesarios para que pueda ejercer en los hechos la autonomía de la que goza en los papeles.

A éste respecto resulta interesante traer como ejemplo el modelo español, que contempla en el art. 162 del Código Civil, dos supuestos que exceptúan el régimen de representación legal; los actos en los que exista conflicto entre padres e hijos y aquellos relativos a los derechos de la personalidad, ejerciendo los padres en éstos últimos una especie de “asistencia” o “cooperación”, cumpliendo una función meramente complementaria de la decisión del niño (Gil Domínguez y otros, 2007).

4. El niño frente a la Ley Penal

Como se anticipo en la introducción, la ley 26.061 deja afuera todo lo relativo a la responsabilidad penal juvenil. Sin embargo mediante el art. 19 de su decreto reglamentario 415/06 expresa: *“La privación de libertad personal adoptada de conformidad con la legislación vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse parte integrante del artículo 19° en su aplicación Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990..”*.

Es por todo ello que, para poder implementar los artículos 12, 37 y 40 de la CDN referidos a la justicia penal juvenil, debemos tomar en consideración otros instrumentos que permitirán comprender el alcance de estas disposiciones, atendiendo a la interpretación que los diversos organismos nacionales e internacionales de protección de derechos humanos han efectuado (Vetere, 2013).

Finalmente, debemos mencionar dos importantes documentos emanados de los órganos de protección de derechos humanos. Ambos resultan una guía interpretativa para los Estados: la Observación General N° 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas “Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores” N°11 y el Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, elaborado por la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El art. 37, inc. a) de la CDN hace referencia a la exclusión de torturas y a otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta exclusión es concordante con lo

dispuesto por el art. 5° inc. 2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); y en lo que respecta a la vida, rige la prohibición de la pena de muerte para los menores que no hayan cumplido los dieciocho años al momento de la comisión del hecho; de conformidad a lo previsto en el art. 4° incs. 2 y 3 de dicha Convención.

Los inc. b) al d) del artículo en análisis, hacen mención a garantías referidas a las condiciones de cumplimiento de las sanciones que imponen la privación de la libertad ambulatoria del niño.

El derecho fundamental a la libertad implica que toda restricción a ella debe realizarse como último recurso y tiene que estar fundada en ley anterior aplicada por órgano judicial competente (D'Antonio, 2001).

a. Principio de Especialidad

En los tiempos que corren, el infractor de la ley que no ha cumplido la mayoría de edad se ha convertido en uno de los problemas sociales más sentidos de nuestra época, sumado a ello, para Aída Kemelmajer de Carlucci (2009) todo el sistema judicial está en crisis, y la justicia de niños y adolescentes es sólo un área marginal que no escapa a ella.

Hoy los estándares internacionales obligan a los Estados Partes a la construcción de un sistema de justicia para adolescentes desde una nueva perspectiva basada en el *Principio de Especialidad*.

Este implica la prohibición absoluta de tratar a los adolescentes del mismo modo que a los adultos y surge del artículo 40.3 de la CDN, que expresa: “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”.

Asimismo, es dable destacar que la Convención de los Derechos del Niño exige, a partir del reconocimiento en su preámbulo de “las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)”, la necesidad de impartir una formación especializada a todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de la justicia de menores (la regla 12).

Está claro que a lo que refiere “*no es a tribunales especiales, vedados por el orden constitucional, sino tribunales especializados, requeridos por el orden supra constitucional*” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 33). En este sentido, para la autora el mandato significa que el juez no solo debe conocer Derecho Penal, sino que debe manejar adecuadamente el Derecho Penal Juvenil, con todas sus peculiaridades, y para ello recomienda la especialización y formación profesional específica.

Quizá, la cuestión pueda pasar por integrar los Tribunales no solo con abogados, sino con profesionales de otras ramas (un médico, trabajadores sociales, educadores, psicólogos, etc.), ya que los casos de jóvenes infractores requiere siempre una valoración interdisciplinaria (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) subrayó que el principio de especialización contenido en la Regla 12.1 de las Reglas de Beijing se extiende a todo el personal que participa en el sistema de justicia juvenil, incluyendo el personal auxiliar de los tribunales como los peritos así como también el personal encargado de la implementación de las medidas ordenadas por los tribunales, incluyendo el personal destinado a supervisar el cumplimiento de las medidas alternativas a la privación de libertad (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

No obstante la opinión reseñada, lo cierto es que el debate que se daba hasta hace pocos años a nivel doctrinario, en sustancia, enfrentaba dos disputas, de un lado, los que consideraban la existencia de un juez que se convierte en *educador*, y por el otro, los que sostenían que su función simplemente es *sancionar o punir* las transgresiones.

En la actualidad, un sector de la doctrina bastante difundido afirma la existencia de un “Derecho Penal de Menores”, con caracteres especiales, presidido por las reglas y principios que emergen de la CDN, instrumento que define la intervención estatal sobre tres líneas directrices: 1) La protección, 2) la participación, y 3) la prevención. Es decir, los Estados deben legislar y tomar todo tipo de medidas a la luz de estas tres líneas, o sea, los niños deben ser *protegidos* pero, fundamentalmente, el problema debe prevenirse, y para cumplir ambos fines, debe comprometerse la participación social (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 40).

Es decir, el Derecho Penal Juvenil apunta a la protección integral con pleno respeto de las garantías constitucionales.

b. Derecho a la Educación

Por su parte, el art. 40, en su inc.1, establece que: *“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de 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”*.

En este inciso se destaca el necesario respeto a la dignidad de la persona del menor, y se hace referencia a una labor a desarrollar encaminada a fortalecer su respeto por los derechos humanos y libertades de terceros, así como también la reinserción social del niño, teniendo en cuenta su edad.

Lo importante de destacar de esta norma para Ríos (2013), es que a la hora de reconocer el derecho de todo niño que ha infringido la ley penal se tendrá en cuenta su edad y la importancia de su reintegración, como así también su función productiva con la sociedad.

En este mismo sentido, el autor citado concluye que no se podría reintegrar a un niño sin darle la posibilidad de asumir sus responsabilidades, sentirse parte de la reparación del daño causado, de que se lo escuche y de darle la oportunidad de que llegue a un acuerdo mutuo con la víctima (Ríos, 2013).

Esto se traduce, en darle la posibilidad al niño de que él mismo pueda enmendar las consecuencias de sus actos, lo que le proporcionará un sentido de responsabilidad; la que no se logrará si bajo el pretexto de protegerlo no dejamos que tome un rol activo, como sujeto de derecho, el mismo rol activo que debería tener la víctima en un proceso penal (Ríos, 2013).

Esa misma responsabilidad es la que surge del art. 29 inc. d) de la CDN al estipular que los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: *“Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos...”*.

Por su parte, la Ley 26.061 recepta el derecho a la educación en su art. 15 y en su parte pertinente dice: *“Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”*.

En una relación directa con el principio rector, “El Interés Superior del Niño” y la educación, en su aplicación en el proceso penal juvenil, Kemelmajer de Carlucci nos indica que es el *“interés en y para la educación del niño”* (2009, p. 127), reparando en aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de la personalidad y le lleve a respetar los derechos y libertades, y en consonancia, los bienes jurídicos ajenos. En definitiva, que ayude a reintegrarle a la sociedad, ya que interés superior significa que hay que atender no sólo al respecto de los derechos y garantías individuales de las personas menores de edad, sino a consideraciones fácticas, personales y sociales.

c. Garantías procesales para el niño que asume conductas desviadas de naturaleza penal

El inc. 2 del art. 40 de la CDN, dice que, habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán una serie de derechos que enumera.

Las garantías judiciales que atañen a los niños forman parte de sus derechos fundamentales y se rigen por los principios orientadores del proceso de menores. A los contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica, se le agregan con especial referencia al niño los contenidos en las Reglas de Beijing.

La regla 7.1, enumera un conjunto de garantías que deberán rodear toda actuación vinculada con la conducta desviada de índole penal en que se encuentre vinculado un niño. En el acápite “Derecho de los Menores” dispone que en todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, a la presencia de los padres y tutores y a confrontar e interrogar testigos, al asesoramiento legal y a apelar a una autoridad superior.

Por su parte, el art. 27 de la Ley 26.061, sienta las bases para poner en práctica el derecho de defensa de los niños y adolescentes. Esta norma regula distintos aspectos del debido proceso legal remitiendo, subsidiariamente, a los demás derechos contemplados en la Constitución, la CDN y demás instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país, como así también a las leyes que en su consecuencia se dicten. Esta norma aborda algunos aspectos inherentes al derecho de la “tutela judicial efectiva”.

d. El acceso a la Justicia

Si el acceso a la justicia representa para cualquier ciudadano una seria dificultad, para los niños esta posibilidad se convierte en una utopía, pues difícilmente se acerquen a los tribunales para ejercer sus derechos (Gil Domínguez y otros, 2007).

En este sentido, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva n° 17/2002, afirmó que: *“En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”*.

El acceso a la justicia integra la garantía de procedimiento que enuncia el inc. a) del art. 27 de la ley 26.061, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos ante la autoridad competente *cada vez que lo soliciten* (Gil Domínguez y otros, 2007).

El ejercicio de este derecho requiere como paso previo e ineludible y complementario el reconociendo de otro derecho, el de ser informado. Para que el niño pueda expresarse debe antes habersele dicho donde está, con quien está, por qué estas, cual es la finalidad de su presencia, que derechos le asisten etc. (Gil Domínguez y otros, 2007).

En estos términos y a la luz de las garantías reconocidas por la ley 26.061, será preciso relativizar el valor del art. 264 quater inc. 5° del Código Civil, en cuanto requiere del consentimiento de ambos progenitores para autorizar al niño a estar en juicio (Gil Domínguez y otros, 2007).

e. Defensa técnica

En fin, el acceso a la justicia reclama la asistencia técnica adecuada para la defensa de los derechos fundamentales de los derechos de NNA, tema contemplado en el inc c) del art. 27 de la Ley 26.061, que guarda inescindible relación con el inc. d) que determina el derecho a participar activamente en todo el procedimiento, los que refieren a un niño, niñas y adolescente que en su carácter de “parte” está facultado para actuar en cualquier proceso o instancia.

Cabe aclarar que, a la luz del principio de autonomía progresiva receptado en la CDN y la ley 26.061, la facultad de ejercer por sí sus derechos, no se encuentra atada a

límites etéreos, sino a la valoración de la madurez y desarrollo del niño en cada etapa de su vida.

En materia penal, el derecho a la defensa técnica como complemento de la defensa del imputado a través de la asistencia de un abogado especializado ha sido expresamente consagrado por la CDN en los arts. 37 inc. d) y 40 inc. 2 ii.

Ahora bien, a nivel nacional, la aún vigente ley 22.278, paradigma del modelo de la “situación irregular”, no prevé la asistencia letrada del niño en el proceso penal. Esta omisión fue subsanada en aisladas oportunidades por la jurisprudencia y por las propias legislaciones locales de protección integral (Gil Domínguez y otros, 2007).

Respecto de la diferencia fundamental que existe entre la figura del Abogado del Niño y la del Tutor *ad litem* (art. 61 del Código Civil) o del Ministerio Público (art. 59 del citado), es que las segundas son figuras ligadas a la incapacidad del niño, que sustituyen su voluntad y por lo tanto patrocinan (caso tutor *ad litem*) o representan promiscuamente (caso Ministerio Público) su interés superior desde su propia perspectiva de adulto, en tanto que el abogado del niño es un personaje ligado a su capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso. Así el abogado no sustituye su voluntad, sino la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada. (Gil Domínguez y otros, 2007).

f. Compromiso Estatal

El inc. 3 del artículo 40 de la CDN, comienza con la consagración del compromiso estatal de promover leyes, procedimiento, autoridad e instituciones específicos para atender a la situación de niños con conducta desviada de índole penal.

En este sentido, luego de aclarar que 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, estipula en el inc. b. que: “*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”.

Con igual Criterio en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, mientras se discutía la supremacía del derecho superior del niño sobre los demás intereses, se concluyó que lo mejor para el niño se define siempre en relación con “otros” (Estado, padres, el niño mismo, etc.) y no como un término totalmente abstracto; y se postuló como relevante armonizar los posibles o existentes conflictos mediante la utilización de medios alternativos de resolución, antes de llegar a una decisión judicial impuesta. (Gil Domínguez y otros, 2007).

g. La edad mínima de imputabilidad penal

La Convención de los Derechos del Niño no fija una edad mínima de imputabilidad; ha dejado este punto librado a la decisión de los Estados partes, pero siempre que actúen con razonabilidad y a la luz de los principios fijados en la Convención.

Por ello, una edad extremadamente baja puede violar la normativa internacional. El criterio general adoptado es el de los 13 o 14 años, y aún así siempre se exige un procedimiento realizado ante una jurisdicción especial, diferente a las de adultos, con verdaderas penas solo a partir de los 18 años (Fellini, 2002).

La culpabilidad supone la comprensión de la norma, y en los menores de edad esta categoría se encuentra limitada por el grado de madurez que determina la entidad del reproche penal. No se le puede reprochar su obrar a quien por su edad aún no ha podido prever acabadamente las consecuencias que ello ocasiona (Fellini, 2002, p.12).

Del texto de la CDN se deriva que las nociones de *responsabilidad* y *madurez* están vinculadas. Por esa razón, algunos autores pretenden sustituir el concepto de *imputabilidad* por el de *madurez*, puesto que hay que atender a la *dinámica evolutiva*. La capacidad de entender y de querer se identifica con el concepto de madurez (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

5. Conclusiones

Se ha descrito en este capítulo, que el proceso penal en materia de menores delineado por la Convención de los Derechos del Niño está influenciado por el principio primordial del “Interés Superior del Niño”, reconocido tanto a nivel nacional como internacional.

A partir del él, se considera al niño o adolescente transgresor de la ley penal, como un educando; evaluando la conveniencia de recurrir a leyes, procedimientos, autoridades e instituciones para brindarles formación, cambios de conducta, de hábitos y de actitudes; teniendo en cuenta su grado de madurez física y mental.

Lo mejor para el niño se define siempre en relación con “otros” (Estado, padres, la víctima, el niño mismo, etc.) y no como algo totalmente abstracto.

La convención sobre los Derechos del Niño en el art. 40, inc. 3, punto b) recomienda la adopción de medidas para tratar a los niños que hayan cometido infracciones a las leyes penales sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos y garantías legales.

En concordancia con ello, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia se postuló como relevante armonizar los posibles o existentes conflictos mediante la utilización de medios alternativos de resolución, antes de llegar a una decisión judicial impuesta.

En este punto convergen mejor las opiniones que consideran que allí tendría cabida la mediación-reparación como solución alternativa a las penas y medidas de seguridad.

Ahora bien, cualquier mecanismo de justicia restaurativa no puede menoscabar derechos del adolescente. Por ejemplo, lo ventilado en el marco de una mediación no puede ser utilizado en el proceso judicial si el primero fracasa (principio de confidencialidad), o no podría el niño dejar de contar con asesoramiento letrado, o no respondería a los estándares de derechos humanos un mecanismo donde el niño pudiera

sentirse expuesto y estigmatizado en su comunidad al ver afectado su honor y reputación.

Antes de tratar este tema, en el siguiente capítulo se analizarán los modelos tradicionales que a lo largo de la historia se han utilizado para abordar el delito juvenil y los cambios que en la actualidad visualiza la doctrina.

Capítulo II: Modelos para abordar el delito juvenil.

1. Introducción

En 1899 se creó el primer tribunal penal juvenil de la historia, en Cook County, Chicago, Illinois. Antes de estos Tribunales, los niños, o no eran juzgados, o eran juzgados en los mismos tribunales que los adultos (Kemelmajer de Carlucci, 2009)

Desde la creación y expansión de los tribunales penales juveniles la sistematización de los diversos modelos para abordar la delincuencia juvenil por parte de la doctrina no es uniforme, ello obedece a que la llamada “justicia penal juvenil” no constituye una realidad inmutable; por lo contrario ha experimentado y sigue experimentando continuas transformaciones.

En suma, no existen modelos puros, coexistiendo elementos de varios modelos con predominio de alguno de ellos. No obstante, en un sentido amplio, podemos sintetizar dos ideas distintas del delincuente: el necesitado de cuidados, y el que merece pena, las cuales responden a dos grandes modelos de justicia juvenil con los caracteres que siguen.

2. Modelos tradicionales de la llamada “justicia penal juvenil”: Del Modelo tutelar al Modelo de responsabilidad

El modelo tutelar, también llamado *asistencial, caritativo, de protección o modelo de bienestar* (welfare model), está basado en la doctrina de la *situación irregular*.

Para este modelo, los niños se definen como necesitados de cuidado y rehabilitación. El menor que delinque es considerado un enfermo, y por lo tanto un incapaz que debe ser corregido y enmendado.

El niño es considerado un adulto imperfecto, un “no adulto”. Se sustituye las penas por las medidas de seguridad, que pueden ser dictadas por tiempo indeterminado y no se disponen en función de la gravedad del hecho sino de la peligrosidad del autor.

Se caracteriza por una gran intervención y por la reducción de las garantías procesales (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Los tribunales tienen una doble competencia, es decir, no solo para *reformular*, sino también para *proteger* a los niños en peligro. La mezcla de ambas funciones convirtió a las intervenciones de protección en puro paternalismo protector, llevando al conjunto del sistema a funcionar de manera represiva, donde los menores delincuentes se vieron en la práctica sometidos a intervenciones verdaderamente punitivas.

El sistema penal aplicable a jóvenes y adolescentes en la República Argentina en la actualidad, según Zulita Fellini (2002) aún no puede desvincularse radicalmente del sistema tutelar, ello se plasma en el procedimiento y en las sentencias judiciales que se inscriben dentro de las prescripciones de la ley 22.278 de Régimen Penal de Minoridad y sus correlativas.

Para Kemelmajer de Carlucci (2009) el escaso éxito de las intervenciones, se debe fundamentalmente al modo en el que se las aplica, esto es así, porque si bien el Estado protege, quien elige si quiere o no ser protegido es el individuo.

El fracaso del modelo tutelar en el mundo, devino en los años ochenta en el desarrollo de un nuevo modelo: Modelo de *“justicia”*, o de *“responsabilidad”*, o modelo *jurídico*.

Para comprender el cambio de un modelo a otro es conveniente destacar que en la década de 1970 la Corte Federal de los EE.UU. produjo una serie de fallos que demostraban que algo no andaba bien en los tribunales penales juveniles.

A este respecto, resulta emblemático el *Caso “Gault”*. En 1964 Gerald Gault fue arrestado a la edad de 15 años por hacer llamadas telefónicas obscenas a su vecina junto con otro menor amigo. En ese momento él estaba bajo *probation*, porque meses antes había sido encontrado con un chico que había robado una billetera de la cartera de una señora.

Tras una audiencia formal, a la que no concurrió la víctima, y el chico no tuvo conocimiento de la imputación formulada contra él; no obtuvo ni fue informado a su derecho de ser aconsejado por un abogado; no tuvo el derecho de defenderse contra los testimonios de cargo, ni a proceder según el principio de contradicción; no fue autorizado a hacer uso de su derecho a no confesarse culpable; ni recibió copia alguna de la causa; el juez consideró que necesitaba protección del sistema judicial y fue colocado en *Arizona State Industrial School* durante seis años, por “perturbar la paz social” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 69).

Lo irrisorio de la medida es que si Gault hubiese sido tratado como un adulto, como máximo hubiese sido condenado a 60 días de prisión y una multa de 50 dólares. Sumado a ello, no se les permitió a sus padres apelar la medida de seguridad impuesta.

A partir de este caso, la Corte norteamericana reconoció que una persona que no ha cumplido los 18 años tiene derecho a la defensa y a las garantías del debido proceso: a ser informado (él y sus padres) de todos los cargos; a recibir consejos, a controlar la prueba y a carearse con los testigos, a no ser obligado a declarar contra si mismo y a la necesidad de recibir asistencia legal para comprender sus problemas ante la ley.

Es así que se implanta un nuevo modelo llamado de *responsabilidad* que apunta esencialmente a que el proceso esté rodeado de garantías constitucionales, lo que implica reconocer que el niño es un sujeto de derechos, que debe regir el principio de progresividad y distinguirse entre niños y adolescentes, que la responsabilidad penal solo puede ser atribuida por actos legalmente determinados como delitos, que procesalmente el niño no puede tener una situación menos garantizada que la de un adulto, y que debiera aplicarse la “*doctrina de la protección integral*” (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Consecuentemente, no abandona la ideología educativa. El niño es una persona desprotegida, pero necesitada de pena y corrección.

Propicia un sistema adversarial, manejado por el principio de la libertad. El menor tiene derecho: a que se le informen los cargos, a ser oído, a tener representación legal y protección contra las investigaciones ilegales y las confesiones coaccionadas, a

mantenerse callado y a ser condenado sólo si ha superado la prueba más allá de toda duda razonable.

Los modelos reseñados anteriormente inspiraron dos tipos de tribunales. El primero, llamado *Family Court Model*, tiene como objetivo la rehabilitación; la intervención del tribunal es discrecional, no admite la transacción o los acuerdos con el Ministerio Público, y está presidido por lo que para el tribunal es el mejor interés del niño.

El segundo, el *Just Desert Model* tiene como objetivo la sanción de la conducta antijurídica, la discrecionalidad del juez está limitada, está presidido por el principio de proporcionalidad de la sanción, las sentencias no pueden establecer sanciones indeterminadas, y el juez debe elegir siempre la medida menos restrictiva de la libertad.

3. Crisis de los modelos tradicionales y nuevas tendencias

Se ha desarrollado precedentemente los inconvenientes del llamado sistema de bienestar (*welfare*), pero lo cierto es que también el *Justice Model* es objeto de reacción doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci (2009) sostiene que el hecho de que se apliquen a los niños los derechos constitucionalmente consagrados no quiere decir volver a la etapa de juzgar a los menores de edad con las mismas pautas que a los mayores.

Así por ejemplo, si para los adultos condenados por delitos sexuales hay un registro especial de reincidencia, no puede ubicarse al menor de edad en el mismo registro pues es sabido, nos dice la autora, que este tipo de delincuencia, en los jóvenes, es un instrumento poco efectivo para impedir nuevos delitos y, por el contrario, solo genera mayores daños.

a) La desjudicialización

Frente a este panorama, las nuevas tendencias buscan la desjudicialización de ciertos conflictos en los que el niño está implicado, se intenta evitar su paso por la

justicia mediante soluciones extrajudiciales. En otros términos se afirma que el aparato judicial implica riesgos y peligros para el joven infractor.

De esta línea doctrinaria, surge la palabra “*Diversión*”, que proviene del verbo en inglés *to divert*, significa desviar un curso o un camino, y se la usa para designar uno de los modos de desjudicialización que desarrolla la teoría de Lemert, que él llamó *labelling approach* que explica que el menor *etiquetado* como “*delincuente*” tiende a actuar de conformidad con lo que se espera de su conducta desviada; en cambio, la modalidad *informal* de la composición del conflicto, que no rotula, permite la reintegración del reo en la sociedad sin ninguna forma de estigmatización contraproducente (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

La modalidad de “*Diversión*” supone la no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento sociorehabilitativas y comunitarias.

El XIII Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en El Cairo (1984) definió a la *diversión* como “*todo desvío o desviación de la secuencia de los actos normales del proceso penal antes del pronunciamiento sobre la imputación*”. También se dijo en este encuentro que la *diversión* no contradice el principio de la obligatoriedad que rige la acción penal si se cumplen ciertos recaudos: el consentimiento del imputado y del Ministerio Público, seguido de una decisión del juez que confirma la interrupción de la instrucción preliminar o del proceso antes de la sentencia (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

En síntesis la *diversión* o desjudicialización se explica como una *alternativa* al sistema de justicia.

No obstante ello, Zulita Fellini (2002) opina que esta variante es inviable en nuestro país, puesto que dentro del régimen jurídico penal argentino es imposible no judicializar el conflicto.

Es por ello que los mecanismos alternativos (por Ej. Mediación-reparación) deben realizarse dentro del proceso, en cualquier momento de su desarrollo, y tener efectos al dictarse la resolución judicial.

Ahora bien, para algunos doctrinarios la informalidad es un mérito, en cambio para otros, es un riesgo de que el joven admita su culpabilidad sin serlo por temor a un tribunal. En este sentido, en el caso “*Gault*” ya comentado, la Corte norteamericana ha dicho que en las vías alternativas, los menores de edad deben tener las mismas garantías jurisdiccionales que los adultos.

Para Aída Kemelmajer de Carlucci (2009) no hay que confundir *desjudicialización* con *desjuridización*. El Tribunal de menores no debe ser un Tribunal paternal y desjuridizado, en el que solo cuenta la peligrosidad y se pasa de lado las garantías individuales y la cuantía de la lesión. La *diversión* no debe ser vista como el fracaso de las políticas judiciales sino como el reconocimiento de que las respuestas deben ser variadas ya que es dañosa una respuesta judicial única.

4. Conclusiones

Se han desarrollado en este capítulo los inconvenientes del llamado sistema de bienestar (welfare) o modelo tutelar, su fracaso y la aparición del Justice Model o modelo de responsabilidad que apunta esencialmente a que el proceso esté rodeado de garantías constitucionales, lo que implica reconocer que el niño es un sujeto de derechos.

No obstante, se sostiene que el hecho de que se apliquen a los niños los derechos constitucionalmente consagrados no quiere decir volver a la etapa de juzgar a los menores de edad con las mismas pautas que a los mayores, por lo que el modelo de responsabilidad también está sujeto a críticas doctrinarias.

Frente a este panorama, las nuevas tendencias buscan la desjudicialización de ciertos conflictos en los que el niño está implicado, se intenta evitar su paso por la justicia mediante soluciones extrajudiciales.

Esta técnica supone la modalidad de “Diversión” que abona la no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento sociorehabilitativas y comunitarias.

En este punto, es dable establecer relación con el art. 40 inc. 3, punto b) de la CDN que impone a los Estados parte la adopción de medidas para tratar a los niños que hayan cometido infracciones a las leyes penales sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos y garantías legales.

No obstante, en opinión de Fellini (2002) el sistema penal aplicable a jóvenes y adolescentes en la República Argentina en la actualidad, aún no puede desvincularse radicalmente del sistema tutelar, ello se plasma en el procedimiento y en las sentencias judiciales que se inscriben dentro de las prescripciones de la Ley 22.278 y sus correlativas, que tiene una absoluta prescindencia de la vinculación entre el hecho ilícito y el menor, por la función proteccional y de patronato que cumple.

En el capítulo siguiente, se describirá el modelo de Justicia Restaurativa, su vinculación con la Desjudicialización o Diversión, lo que muchos autores llaman “*un tercer modelo*” o “*tercera vía*”.

Capítulo III: Un nuevo modelo: La Justicia Restaurativa, Reparativa o Restitutiva

1. Introducción

En el capítulo anterior se han caracterizado los modelos tradicionales para administrar justicia para jóvenes y adolescentes a los que se les atribuya la comisión de actos que encuadren en infracciones a la norma penal.

En la actualidad, se discute la idea de si el sistema de doble vía compuesto por penas y medidas de seguridad (retribución y prevención especial y general) debe ser superado mediante la introducción de un sistema de triple vía, en el que se incluye la reparación precisamente como *tercera vía*.

Antes de describir el modelo que intenta superar a los tradicionales en el tratamiento de la delincuencia juvenil, es necesario distinguir el concepto de *delito* desde el cual parten. Para el sistema tradicional de *Justicia Retributiva* el delito (a raíz de su definición como conducta típica, antijurídica y culpable) es entendido como una mera infracción a la norma. El sistema solo podrá determinar fehacientemente la existencia del crimen o la infracción penal al momento de resolverlo mediante una sentencia definitiva.

Desde el punto de vista de la *Justicia Restaurativa* (en adelante JR), el delito es visto como un conflicto social, una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre los individuos o grupos. Tiene en cuenta también el proceso dinámico del conflicto a través de la secuencia de acciones (escaladas/desescaladas) dentro de un sistema (Nordenstahl, 2010).

El delito, más que la violación a una regla legal de conducta, es la violación o ataque de una persona a otra persona. No interesa tanto el derecho abstractamente violado sino el hecho concreto de que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de la otra, y es ese daño el que debe ser reparado.

No debe el delito ser considerado sólo un ilícito cometido contra la sociedad, un comportamiento que viola el orden constituido y que por lo tanto reclama el cumplimiento de una pena; es también una conducta intrínsecamente dañosa y ofensiva que puede provocar a la víctima, privación, sufrimiento, dolor y hasta la muerte, por lo que ella tiene derecho a petitionar alguna forma de reparación del daño provocado (Nordenstahl, 2010).

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

Ante un proceso restaurativo, toda vez que se da a los afectados la oportunidad de decir su historia, sus consecuencias, y sus necesidades para intentar poner las cosas en el lugar correcto, no versa sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible. No es solo una respuesta al problema de la delincuencia; se trata de una filosofía integral, es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

2. Terminologías, definiciones y origen

Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo en común a todos los usos de la expresión *Justicia Restauradora*, o *justicia restaurativa*: Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: *Responsabilidad, Restauración y Reintegración*.

Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; **Restauración** de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; **Reintegración** del infractor, restableciendo los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Se pasará revista a continuación a algunas definiciones, dadas por la doctrina y otras contenidas en documentos internacionales, relacionadas con delincuencia juvenil, recopiladas por la autora citada.

El proyecto de ley de Sudáfrica (*Child justice Bill*), de agosto del año 2000, afirma que la JR significa “*promover la reconciliación, la restitución y responsabilidad a través de involucrar al niño, a los padres del niño, a los miembros de la familia, a la víctima y a la comunidad*” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 109).

La Propuesta Preliminar de Declaraciones de los Principios Básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales, aprobada en el año 2000 en el Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento del delincuente la define como “*un proceso en el cual la víctima, el ofensor y/o cualquier otro miembro individual o colectivo afectado por el delito participan conjuntamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito, generalmente con la ayuda de un tercero imparcial*”.

Tony Marshall, un criminólogo británico, la describe como “*un proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente como manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro*”. Esta definición ha sido recogida en la Declaración de Leuven de Mayo de 1997, que expresamente aconseja los programas restaurativos para los supuestos de delincuencia juvenil (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

La JR existe hace muchos siglos en pueblos de diversas culturas. Según Beaudoin, Juez de la Corte de Quebec, en una conferencia dada en Mendoza en diciembre de 2002, opinó que la JR, como se la entiende hoy, ha sido tomada de la experiencia de pueblos nómades, en los supuestos cuando el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por la comunidad y excluirlo era perjudicial para los intereses del grupo, el modo para subsanar la situación era obligar al infractor a reparar el daño causado y rehabilitarlo, de este modo, los lazos entre el autor del delito, la víctima y la comunidad quedaban restablecidos.

Ahora bien, en los años setenta, los pueblos colonizados de Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda empezaron a luchar para revivir su justicia tradicional. En general los autores marcan el comienzo de esta etapa en 1974, en Otario, Canadá, donde se llevaba a cabo un proceso contra dos jóvenes que totalmente drogados destruyeron veintidós automóviles en las calles de Kitchener. Los jóvenes no tenían antecedentes. En esa oportunidad, Mark Yantzi, miembro de una secta menonita, aconsejó al juez que los jóvenes enfrentaran personalmente las obligaciones de reparar el daño causado. El juez que al principio rechazó la propuesta por considerarla fuera de todo sustento legal, ordenó en la sentencia que los adolescentes cumplieran con lo sugerido. Una entrevista posterior con las víctimas confirmó que habían llegado a un acuerdo para restituir las cosas perdidas, el que fue cumplido al cabo de tres meses (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Es dable resaltar, que en la mayoría de los países que comenzaron la implementación de programas de justicia restauradora (experiencias de Estados Unidos, Canadá y Europa), lo han hecho como alternativas previas a introducir a un niño en el sistema criminal (Fellini, 2002).

3. Normativa emanada de organismos internacionales, en el ámbito de los Derechos Humanos, en los que se funda la Justicia Restaurativa

i. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989):

Este es un documento e instrumento clave sobre el cual gira el Derecho vigente de la infancia y la adolescencia, es el tratado internacionales ratificado por el mayor número de países de toda la historia de las Naciones Unidas, excepto por EE. UU. y Somalia (Kemelmajer de Carlucci, 2009); y ha sido descripto en sus puntos clave en el capítulo I de este trabajo.

Se ha dicho que: “la Convención proporciona la base para las “4D”, típicas de la JR: *Desjudicialización, Descriminalización, Desinstitucionalización y Due proceses* (proceso debido)” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 131), además de establecer la

obligación para los Estados de instaurar una pluralidad de medidas para mayor flexibilidad, y en aras de evitar, dentro de lo posible, la adopción de la internación.

Además, como lo explica Kemelmajer de Carlucci (2009) la desjudicialización o diversión, un aspecto importante de la JR, aparece consagrada expresamente en el art. 40.3. b) de la CDN *“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.”*

ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)

Esta Convención, anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce las necesidades especiales de los jóvenes, ordena que sean separados de los delincuentes mayores de edad, y declara el derecho del joven infractor a un proceso que tenga en cuenta su edad y que promueva su rehabilitación (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

iii. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) (1985).

Las reglas formuladas en este documento fueron reconocidas en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, se trata de una especie de codificación de la administración de justicia para niños y adolescentes y pueden ser aplicadas en diferentes sistemas jurídicos; por la flexibilidad de sus fórmulas.

Reconoce las especiales necesidades del joven infractor y, por lo tanto, la necesidad de un proceso flexible, que abra diversas opciones; da al Ministerio Público la facultad para salir del juicio formal a través de programas comunitarios. Insiste en que la institucionalización debe ser la última medida y siempre por un periodo mínimo (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Según la autora citada, la Regla 11, busca intencionalmente la desjudicialización del Derecho Penal juvenil. De su texto surge claramente que la *“diversión”* puede

utilizarse en cualquier momento del proceso, y siempre debe asegurarse el consentimiento del infractor (o de sus padres o tutores). Los infractores juveniles no deben ser presionados. Adviértase que la Regla 11.4 recomienda especialmente los programas que entrañan el avenimiento mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Por otro lado, las reglas hacen especial hincapié en la especialización (Regla 22.), idoneidad profesional y capacitación profesional de todos los intervinientes en el proceso penal de menores, ello a fin de restringir el ejercicio excesivo de las facultades profesionales.

Asimismo, la Regla 5 hace referencia al principio de proporcionalidad, el que no solo debe atender a la gravedad del delito sino también a las circunstancias personales del menor. Un sector de la doctrina afirma que en el texto de la norma quedan comprendidos los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima y su buena disposición para realizar una vida sana y útil, ambos fines de la JR (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Por su parte. La regla 18.1 otorga mayor flexibilidad a la autoridad competente para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, pudiendo adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; etc.

iv. Documento sobre Acción para el Sistema Penal de Justicia Juvenil del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1997)

Este documento recomienda que donde sea posible, en casos que involucran a menores de edad, deben ser utilizados los mecanismos para la resolución informal de las disputas, incluida la mediación y las prácticas de la justicia restaurativa, particularmente procedimientos que incluyan a las víctimas.

v. Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños, Estrasburgo (1996)

Esta convención se apoya en el art. 4 de la CDN que impone a los Estados partes adoptar toda medida legislativa, administrativa o de cualquier otro género necesaria para la actuación de los derechos reconocidos en ese documento internacional. Su objeto principal es promover, en el interés superior del niño, previendo especialmente en su art. 13 que, en los casos en que fuera apropiado, para prevenir y resolver conflictos y evitar procedimientos que involucren al niño frente a una autoridad judicial, los Estados partes promoverán la mediación u otro método de resolución de conflictos y su utilización para concluir acuerdos (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

vi. Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Este órgano ha emitido varios documentos cuya pauta común, según la doctrina, es alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y mediación desde el primer momento, con la intervención policial y la colaboración de los servicios de protección de niños.

De esta manera, La Recomendación sobre “*reacciones sociales a la delincuencia juvenil*” R (87) 20 (1987), reconoce que la educación y la integración social pueden ser las llaves características del sistema penal juvenil, invitando al desarrollo de la desjudicialización y la mediación a nivel del órgano de persecución, o de la policía, según sea competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en el sistema penal y a sus consecuencias (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

En igual sentido, La Recomendación sobre “*Mediación en asuntos penales*” R (99) 19, marca los siguientes lineamientos:

La legislación debe facilitar la mediación en los asuntos penales y debe permitirse en cualquier estadio del proceso. De cualquier modo no debe ser tan temprana que impida al imputado saber cuáles son los hechos que se le imputan, ni tan

tardía como para convertirse en una simple alternativa de la pena y deje de ser una alternativa del proceso.

Por eso, la doctrina interpretativa de las recomendaciones señala que es preferible al comienzo del proceso, después de conocer los hechos, cuando ni la víctima y el imputado han sufrido el proceso de estigmatización (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Si la mediación fracasa, los hechos reconocidos no pueden ser usados durante el proceso posterior como prueba de culpabilidad. Las partes tienen derecho a ser asistidas por un abogado.

Finalmente, esta recomendación afirma la importancia de reforzar en los delincuentes el sentido de la responsabilidad y darles la oportunidad de reivindicarse, reservando a la autoridad judicial la decisión y la valoración de si conviene o no el proceso de mediación (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

vii. Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa (2009)

La Declaración resaltó que en la práctica la Justicia Juvenil Restaurativa (en adelante JJR), tiene que respetar los derechos fundamentales del niño que consagra la CDN y cumplir fielmente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil (Reglas de Beijing) a fin de lograr los objetivos de la justicia juvenil conforme lo dispuesto por el art. 40 de la CDN, como una forma de atender a los niños en conflicto con la ley, sin recurrir a procesos judiciales, asegurando que los derechos humanos y salvaguardas legales sean respetadas plenamente (Nordenstahl, 2010).

Principalmente los Estados deberán asegurar la implementación de los siguientes derechos del niño:

- A la presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad conforme a la ley.

- A ser informado inmediatamente sobre los cargos que pesan sobre él.
- A un asesoría legal.
- A que una autoridad u órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial determine la materia sin demoras.
- A no ser obligado a prestar una declaración o declararse culpable.
- A interrogar o hacer que se interroge a testigos contrarios.
- A que el fallo que establece que el niño o niña que ha cometido el presunto delito y que contenga las medidas impuestas sea revisado por un órgano jurisdiccional superior.
- A contar con asistencia gratuita de intérprete.
- Al respeto total de su privacidad en todas las etapas del proceso.

Dentro de las recomendaciones para la acción, se instó al Comité de las Naciones Unidas a recomendar sistemáticamente a los Estados miembros de la CDN que tomen las medidas necesarias para la integración de procesos restaurativos como una posibilidad para atender a los niños en conflicto con la ley en todas las etapas de la administración de la justicia juvenil, encargando a UNICEF que continúe e incremente sus esfuerzos por apoyar y proporcionar asistencia técnica a los Estados para desarrollar e implementar programas de justicia juvenil restaurativa, brindando, en particular, capacitación a todos los actores que participan en el campo de la justicia juvenil (Nordenstahl, 2010).

También, este documento recomienda a los Estados que se encuentren en introducción de la justicia restaurativa, que emprendan proyectos piloto, y que sobre la base de dichos proyectos, decidan la introducción de la justicia juvenil restaurativa a nivel de todo el país y qué medidas legislativas son necesarias para brindar una base

sólida para una práctica sostenible de la justicia juvenil restaurativa como la principal característica de su sistema de justicia juvenil (Nordenstahl, 2010).

4. El rol del enfoque restaurativo en la justicia juvenil

La Justicia restaurativa es una forma de atender a los niños, niñas y adolescentes que están en conflicto con la ley, con la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones, causado por el delito cometido. Contribuye a la reintegración del joven a la sociedad y lo apoya a asumir un rol constructivo dentro de ella (Nordenstahl, 2010).

Muchos autores que propician la JR afirman que los programas disminuyen la tasa de reincidencia; que hasta ahora, hay menos reincidencia entre los ofensores menores de edad sometidos a la JR que a la justicia común. Así lo admitió un artículo aparecido en el diario *The Times* (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 150).

Ahora bien, prácticamente todos los códigos civiles contienen normas según las cuales los padres responden por los hechos de los hijos menores de edad. Esta respuesta beneficia a la víctima, para quien la ley intenta encontrar un responsable solvente, pero el resultado no siempre se produce, pues muchas veces el delincuente juvenil proviene de sectores socialmente perjudicados, por lo que la norma afecta a padres de solvencia muy limitada, generando muchas veces tensiones en la convivencia familiar (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Como nos ilustra Nordenstahl (2010), la salida puede venir por el lado de la JR, que toma seriamente la responsabilidad del propio menor, instando fundamentalmente el respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás, en especial de la víctima y otros miembros afectados de la comunidad. La JR es un enfoque que promueve el sentido de dignidad y valor del niño.

Se trata de un concepto amplio de reparación, que atiende no solo al resultado sino a todo el proceso. Comprende la reparación *material* (devolver lo robado, devolver las cosas al estado anterior a la destrucción, etc.) como así también la reparación *simbólica*. Esta última es un proceso menos visible, en el que el ofensor expresa su

vergüenza genuina por lo hecho y remordimiento por sus acciones que puede traer tranquilidad a la víctima que da, un primer paso hacia el perdón (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Es así pues, que los objetivos de la reparación son educativos y se inscriben en un proceso de responsabilización del joven infractor.

El joven infractor debe tomar conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación. “La mayor parte de los jóvenes infractores, en el momento del acto, no tienen conciencia del perjuicio que causan. Mantener al joven en ese estado de irresponsabilidad favorece la reincidencia” (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Que el transgresor se dé cuenta del daño causado, le ayuda en el proceso de reinserción social, a disminuir la indignación hacia él de la víctima y del público, puede incluso llegarse a ganar el respeto de éstos. La diferencia entre la JR y otras medidas de rehabilitación tradicionales es que “*en la JR la reparación incluye la idea de que el ofensor se siente realmente responsable y muestra un arrepentimiento activo*” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 158).

Otro punto que distingue realmente una medida tradicional de rehabilitación y la JR es el *consentimiento* del joven infractor al programa restaurativo; ese consentimiento es el que permite “*transformar al delincuente de sujeto pasivo en sujeto activo de su sanción*” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 159).

Por otro lado, la justicia restaurativa debe aplicarse en todas las etapas del proceso de justicia juvenil, ya sea como una medida alternativa o como una medida adicional.

A nivel policial, una de las opciones debe ser la remisión de los jóvenes a un proceso de justicia restaurativa. La policía debe estar perfectamente capacitada e instruida con respecto al empleo de esta opción y cuando sea apropiado debe prestar especial atención al posible abuso de ésta u otras formas de remisión. Si el caso es denunciado ante el fiscal, éste debe considerar antes de llevar a cabo cualquier acción, la

posibilidad de un proceso de justicia restaurativa como forma de resolver el caso sin recurrir a un proceso judicial. Cuando el caso ha sido llevado al juzgado, el juez de menores debe, en la medida de lo posible, explorar e iniciar un proceso de justicia restaurativa como una alternativa a otras posibles sanciones o medidas. Asimismo, debe emplearse cuando sea posible, como parte del tratamiento de los jóvenes que se encuentran institucionalizados (Nordenstahl, 2010).

En otras palabras, la justicia restaurativa debe ser parte integrante del sistema juvenil, en cumplimiento con las disposiciones de la CDN y normas internacionales relacionadas. En este sentido, es importante incluir programas de prevención efectivos. “Los estados deberían considerar la creación de un organismo nacional, con la misión de coordinar y supervisar la implementación de la justicia juvenil, incluidos los programas de justicia restaurativos” (Nordenstahl, 2010, p. 268).

5. Justicia restaurativa y principios fundamentales del proceso penal: Principio de legalidad. Principio de inocencia. Principio de intervención mínima. El derecho a la asistencia legal. El derecho al abogado. Derecho a un proceso equitativo, sin dilaciones indebidas. Principio de proporcionalidad

El uso de la justicia restaurativa debe regirse por los principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal, tal como lo estipula en la resolución 2002/12 del ECOSOC, tales como:

La justicia juvenil restaurativa debe emplearse, solamente cuando exista evidencia suficiente para acusar al menor agresor, y cuando se cuente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el agresor. Se debe permitir que tanto víctima como agresor puedan retirar dicho consentimiento en cualquier momento durante el proceso de justicia restaurativa. Se debe llegar a acuerdos en forma voluntaria. Ni víctima ni agresor juvenil deben ser coaccionados ni inducidos por medios injustos a participar en el proceso restaurativo ni a aceptar los resultados restaurativos.

Deben, además, tomarse en cuenta las discrepancias culturales entre las partes que conducen a desequilibrios de poder. Víctima y agresor juvenil deben contar con asesoría legal, y el agresor y víctima menores de edad tener derecho a recibir asistencia por parte de sus padres o tutores.

Asimismo, el resultado del proceso debe tener el mismo estatus que cualquier otra decisión judicial o sentencia, y debe evitar la instrucción con respecto a los mismos hechos.

Los derechos fundamentales del proceso penal como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa plena, el derecho a que se indique cuál es la prueba de la que debe defenderse, el principio que prohíbe la autoincriminación, el derecho a un abogado, el derecho a no ser juzgado dos veces por una misma infracción de la que una persona ha sido absuelta, etc., como se ha detallado en este capítulo, están reconocidos en todos los documentos internacionales que autorizan la justicia restauradora.

Sin embargo, en una comunidad que se encuentra en pánico moral por una serie de crímenes aterradores, una reunión restauradora también corre el riesgo de convertirse en una reunión punitiva (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

La autora citada, se refiere a algunos principios procesales por su especial vinculación con los programas de JR:

Principio de legalidad

El principio implica que para criminalizar un hecho, el tipo debe estar previsto en la ley, además ésta no puede ser retroactiva y debe presentarse con los rasgos de certeza, claridad y especificidad.

Consecuentemente, todo programa de JR debe respetar cada una de estas características, por lo tanto, no puede interferir en conductas juveniles que éticamente pueden ser reprochables, pero que no son delitos.

Principio de inocencia

La recomendación (99)19 de Naciones Unidas dice: “*Es un requerimiento normal para la mediación que la víctima, así como el acusado, acepten los hechos relevantes del caso...no es necesario que el acusado acepte su culpabilidad; es suficiente que el ofensor admita alguna responsabilidad de lo que pasó...*”.

La doctrina relaciona este requisito con el carácter educativo. Un presupuesto para que las medidas restaurativas sean viables es que el joven infractor haya reconocido el hecho. Por eso, ante el fiscal (en nuestro sistema legal) o frente a la policía (en las legislaciones que así lo autorizan), se le debe hacer conocer al joven de que se le acusa, solo así puede volver sobre sus hechos y reconocerlos.

Principio de intervención mínima

Se afirma con frecuencia que el derecho penal es la *ultima ratio*. En el Derecho Penal Juvenil, el principio debería servir para presumir que el Estado ha agotado todas las posibilidades no penales para prevenir el delito, “*Ya que esto no es así en los hechos, el principio debe redimensionarse y flexibilizarse aumentando las posibilidades de no abrir el procedimiento o renunciando al mismo a través del resarcimiento anticipado o conciliación entre infractor y víctima*”(Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 199).

El derecho a la asistencia legal. El derecho al abogado

La recomendación (99) del Consejo de Europa dice: “*las partes tienen derecho a la asistencia legal antes y después del proceso restaurativo.*”

Derecho a un proceso equitativo, sin dilaciones indebidas

Reducir la demora entre la comisión del acto y la respuesta judicial, debe ser un fin perseguible en cualquier sistema. Una demora importante, daña al joven infractor, él no comprende una sanción que llega varios años después de los hechos, tiempo en el que él ha evolucionado, puesto que su personalidad está en transformación.

Sin embargo, no por ello ha de creerse que los programas restaurativos, sean siempre una forma de justicia más rápida, puesto que en algunos casos da lugar a un laborioso pero lento proceso de negociación.

Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene el presupuesto básico que la sentencia debe ser proporcional a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad del ofensor.

La preocupación doctrinal es que, dada la gran discrecionalidad del sistema informal, la JR trata con demasiada debilidad el crimen, es muy blanda y no resulta proporcional ni al hecho cometido, ni a la persona del infractor. Por el contrario para otros, se ordena responder cuando la justicia formal lo hubiese dejado en libertad.

Para la autora citada, el problema de la proporcionalidad es análogo conceptualmente al control de discrecionalidad, y si se comparan las soluciones restaurativas con las soluciones judiciales en este sentido, las diferencias no son tantas.

6. Conclusiones

Como explica Kemelmajer de Carlucci (2009) la desjudicialización o diversión es un aspecto importante de la JR y aparece consagrada expresamente en el art. 40.3. b) de la CDN, cuando aconseja a los Estados Partes adoptar 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.

Asimismo, se ha analizado en este capítulo como los documentos internacionales relacionados con la justicia penal juvenil, aconsejan a los Estados, en el interés superior del niño, prevenir y resolver conflictos evitando procedimientos que involucren al niño frente a una autoridad judicial, promoviendo la utilización de procedimientos restauradores como método de resolución de conflictos para concluir acuerdos.

Estos documentos internacionales tienen como pauta común, según la doctrina, alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y mediación desde el primer momento, con la intervención policial y la colaboración de los servicios de

protección de niños, el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en el sistema penal y a sus consecuencias, como una modalidad orientada en función de criterios de oportunidad procesal.

Por otro lado, en el capítulo se ha explicado que los objetivos de la reparación son educativos y se inscriben en un proceso de responsabilización del joven infractor.

La JR refuerza en los delincuentes el sentido de la responsabilidad y les da la oportunidad de reivindicarse. El joven infractor toma conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación.

Es que teniendo en cuenta la finalidad socioeducativa de la pena (una de las características fundamentales del sistema penal juvenil), los métodos alternativos de resolución de conflictos, en el marco de la JR, aportan las herramientas apropiadas para que esa función se desarrolle con mayor plenitud, propendiendo a una solución que facilite la autocomposición de las partes, la responsabilización del joven por sus actos, la revinculación social y la reparación del daño, a la vez que permite evitar la estigmatización y la revictimización (Nordenstahl, 2010).

Ahora bien, es importante destacar que la justicia juvenil restaurativa debe emplearse, solamente cuando exista evidencia suficiente para acusar al menor agresor, y cuando se cuente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el agresor. Se debe llegar a acuerdos en forma voluntaria. Ni víctima ni agresor juvenil deben ser coaccionados ni inducidos por medios injustos a participar en el proceso restaurativo ni a aceptar los resultados restaurativos.

Los principios fundamentales del proceso penal como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa plena, el derecho a que se indique cuál es la prueba de la que debe defenderse, el principio que prohíbe la autoincriminación, el derecho a un abogado, el derecho a no ser juzgado dos veces por una misma infracción de la que una persona ha sido absuelta, etc., deben regir en todo momento el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal.

Los programas restaurativos son muy numerosos. Los más frecuentes son la mediación, la reunión y los círculos.

En el capítulo siguiente, se analizará puntualmente la *Mediación*, en el marco de la justicia restaurativa, a fin de determinar, a la luz de distintas posiciones doctrinarias, si resulta un modelo acorde a los lineamientos establecidos por la CDN para construir un sistema de administración de justicia para los jóvenes y adolescentes a quienes se les atribuya la comisión de actos que encuadren en infracciones a la norma penal.

Capítulo IV: La Mediación Penal, como programa de Justicia Restaurativa

1. Introducción

En el desarrollo de este capítulo se analizará el instituto de la mediación aplicado al campo penal de menores, como una forma alternativa de resolución de conflictos o complementario al procedimiento penal.

El derecho penal se ve afectado por la mediación, toda vez que la propuesta está inmersa en el modelo de justicia restaurativa que va más allá de la pena basada en la mera retribución o la rehabilitación del delincuente.

Se efectuará a continuación una exposición de la mediación: sus definiciones, características, objetivos y fines; para luego avanzar en su análisis como método alternativo de resolución de conflictos, teniendo en cuenta el criterio de oportunidad procesal al que se apela para su implementación. Finalmente, se examinarán sus inconvenientes y los intentos para superarlos a la luz de la doctrina.

2. Definiciones, características y objetivos

i. Definiciones

La expresión *mediación penal* ha sido criticada. Se afirma que ambos términos se contraponen: el adjetivo penal, supone sanción, mientras que el sustantivo mediación está unido a restauración. Literalmente parecería que la expresión penal da a la mediación un carácter sancionador.

Por esta razón, algunos programas la titulan *mediación víctima-ofensor*. Lo cierto es, que cualquiera de las dos expresiones, ya son ampliamente aceptadas, no generando, en el hombre común las confusiones antes mencionadas (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Una definición muy conocida de Bonafé-Schmitt describe a la mediación penal como *“un proceso, la mayor de las veces formal, en el cual un tercero neutral intenta, facilitando el intercambio de las partes, que ellas confronten sus propios puntos de vista y, con su ayuda, encuentren una solución al conflicto que los opone”* (Mill, 2013, p.217).

Por su parte, la Recomendación (99) 19 del Consejo de Europa, la define como: *“Proceso por el cuál la víctima y el ofensor tienen la posibilidad, voluntariamente, de participar activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito a través de la ayuda de un tercero imparcial o mediador. La referencia a la víctima y al ofensor no excluye que otras personas (físicas o jurídicas) participen en la mediación”* (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 277).

Kemelmajer de Carlucci cita otra definición que deriva de protocolos italianos, que dice: *“El mediador no juzga, no impone solución, pero ofrece la oportunidad de hablar y ser escuchado en un espacio protegido, libre y confidencial”* (2009, p. 278).

Se ha dicho también, que es un proceso que permite al ofensor aceptar su responsabilidad y actuar en función de ese reconocimiento (Mill, 2013).

La mediación penal, como programa de justicia restaurativa, ve al delito como un conflicto social, una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos. Tiene en cuenta el proceso dinámico del conflicto a través de la secuencia de acciones (escaladas/desescaladas) dentro de un sistema (Nordenstahl, 2010).

En el ámbito penal, el conflicto está relacionado con un hecho específico que es el delito, el sujeto ha violado un derecho subjetivo de la parte ofendida. Dicha violación está prevista en una norma específica.

En este sentido, la mediación penal favorece a la creación de un espacio para promover la comunicación, esclarecer posiciones, desarrollar procesos de responsabilización, pero no puede modificar las reglas que son de orden público (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

La autora citada, prosigue resaltando que, cuando el autor del ilícito es un menor de edad, se agrega otro elemento, cual es que el proceso penal juvenil tiene que tener en miras el *Interés Superior Del Niño*, con la especial particularidad de que se trata de una persona en formación. Por ello, la mediación penal se propone resolver no solo el conflicto del joven con la víctima y con la sociedad, sino también el conflicto interno que el infractor tiene consigo mismo.

ii. Características

Coinciden los autores Kemelmajer de Carlucci (2009), Nordenstahl (2010) Mill (2013) y Lewis (2002) que las características de la mediación penal juvenil son las siguientes:

Neutralidad del mediador, es un tercero imparcial y neutral. Es decir, exentos de juicios, opiniones y prejuicios que puedan influir en la toma de decisiones. Deberá escuchar a las partes evitando un rol didáctico o terapéutico.

Voluntariedad, la participación de las partes deberá ser propia de la decisión libre y auténtica. Quizá es una cuestión central determinar hasta qué punto un menor puede comprender cabalmente la importancia de someterse a la mediación y consentir en ello. La intervención de equipos interdisciplinarios será vital en este tema.

Confidencialidad. Supone renunciar a cualquier tipo de publicidad del procedimiento. Impide que lo manifestado en la mediación se traslade a otro ámbito, incluso el judicial.

Especificidad. Debe atender a cada caso en forma particularizada. Deberá adaptarse a las necesidades y deseos de los participantes en un marco de responsabilidad y reparación.

Claridad y factibilidad: Que lo pactado pueda ser entendido y posible de ser implementado.

Flexibilidad: La mediación carecerá de toda forma rígida; no obstante de estar regulado por los principios de inocencia e igualdad de las partes.

Ahora bien, dice Mill (2013) que el procedimiento sea relativamente relajado y descontracturado, no significa que debe perderse de vista que el conflicto está originado por un hecho delictuoso, por lo que el encuentro de la víctima con su ofensor debe desarrollarse en un lugar estructurado y seguro. Es informada y flexible aunque tiene una estructura definida.

Equidad, el mediador sin perder su neutralidad deberá manejar las cosas de tal manera que se pueda lograr cierto “equilibrio de fuerzas” que permitan soslayar diferencias sociales, económicas, culturales u otras, entre los intervinientes.

Legalidad. La mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres.

Economía. El procedimiento deberá implicar el mínimo de gasto, tiempo y desgaste personal.

Autocomposición. Significa apropiación del conflicto por las partes involucradas. Las partes luego de una reflexión guiada por el mediador, se dan su propia solución.

Interdisciplinaria. La interdisciplina ha sido definida por la Unesco como una forma de cooperación entre disciplinas diferentes, a partir de problemas cuya complejidad es tal, que solo pueden ser abordados mediante la convergencia y la combinación prudente de diferentes puntos de vista. Evidentemente, el conflicto en materia penal no dista de ser un problema complejo.

iii. Objetivos

Los sistemas de consenso entre víctima y victimario, vinculados con un hecho que puede caer bajo una sanción penal, según Finochietti (2007), persiguen básicamente los siguientes objetivos:

- Evitar las consecuencias estigmatizantes de una condena para el infractor.

- 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.
- Hacerlo de forma que no se desresponsabilice al autor, ni genere sensación de impunidad en la víctima y en la comunidad.
- Hacer que el autor asuma la reparación del daño que ha causado con su conducta.
- 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.
- 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.

Ruiz Mones (2002) hace especial hincapié en que el objetivo de la reparación-mediación es dar una respuesta educativa e individualizadora a la comisión de actos delictivos. Para la autora, si bien la reparación se encuentra fuera del proceso judicial común, cae dentro del sistema judicial. Supone una alternativa al sistema judicial de sanciones. La reparación se define como una medida educativa judicial.

Como sostuvo Elena Highton de Nolasco en el III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la mediación penal, a diferencia de la mediación en el proceso civil, está orientada hacia el diálogo y la comunicación, y no hacia el acuerdo (Mill, 2013).

En este sentido, se debe atender a la función esencial que cumple el *Derecho* en toda sociedad democrática, cual es funcionar como instrumento pacificador para una

supervivencia armónica entre sus miembros, a lo que contribuye de manera innegable el acercamiento que provocan los facilitadores o agentes que intermedian para la puesta en marcha de estos métodos de solución de disputas (Mill, 2013).

3. Como Alternativa al proceso o como alternativa a la pena

Como condición previa, el hecho que motive el proceso de mediación debe estar contemplado como delito en la legislación vigente (principio de legalidad penal) (Miño, 2002).

Ahora bien, puede plantearse como alternativa al proceso penal establecido, o como alternativa a la pena que imponga el magistrado luego de la instrucción del hecho.

Como alternativa fuera del proceso penal, relacionada con las técnicas de desjudicialización o diversión, la mediación puede ser llevada a cabo por instituciones estatales (inclusive la policía) o por organizaciones no gubernamentales. Lo característico de esta forma de mediación es que la víctima acude al instituto antes de que el proceso tradicional comience.

El mayor inconveniente es que la cantidad de delitos que pueden ser tratados a través de este instituto queda limitada, principalmente, a aquellos casos en que la víctima conoce a su agresor o el mismo puede ser identificado mediante investigaciones sencillas y cortas (Miño, 2012).

Es una excelente opción para aquellos casos en los que el sistema penal, lejos de solucionar la cuestión que por lo general abarca una conflictiva más amplia que el propio hecho delictivo, empeora la situación contribuyendo a generar mayores diferencias que las ya existentes (conflictos entre vecinos, escolares, intrafamiliares, etc) (Trebisacce, 2002).

La mediación como alternativa a la pena significa, en principio, que ya ha ingresado el conflicto a las redes del sistema penal. De este modo la mediación es

institucionalizada, en el marco de organismos de carácter estatal. Una vez iniciado el proceso, la mediación es una alternativa a la pena. Un acuerdo entre víctima y ofensor tiene como consecuencia la inmediata interrupción del proceso.

Según Trebisacce (2002) esta forma de mediación permitiría ampliar la cantidad de delitos que pueden ser tratados, pero posee el inconveniente que tiene que ver con la situación de desigualdad que puede darse entre las partes (ej. El imputado en una posición de inferioridad podría verse en la obligación de aceptar cualquier acuerdo para evitar el encierro). La autora mencionada opina que esta situación podría evitarse con un eficaz control ejercido por el Fiscal, el Juez, y aún, por el mediador.

Tomando el modelo ideado por Zehr, Kemelmajer de Carlucci (2009) dice que en la mayoría de las legislaciones, la mediación penal juvenil sigue un esquema similar al siguiente:

-Fase preliminar: comprende el intercambio de información entre el Ministerio Público y la asociación que administra la mediación, analizan el conflicto y el encuentro inicial entre las partes.

-Las dos fases centrales son: la mediación en si misma, y la conclusión del acuerdo.

-La fase final comprende la implementación y la evaluación.

-La asociación o el mediador individual hacen luego un informe formal al Ministerio Público o al Juez sobre el proceso y sobre el acuerdo.

Ruiz Mones (2002) hace hincapié en que en la mediación penal juvenil es importante cerciorarse si el menor ha comprendido los términos del acuerdo y observar si en el caso concreto no se produce un desequilibrio de poder entre las partes, que haga inconveniente la aplicación de la mediación. Asimismo, en todos los casos el juez de menores deberá garantizar a los jóvenes y en forma efectiva, su derecho de defensa: El infractor juvenil será informado de sus derechos, incluso el de poder elegir un abogado

que lo asesore en su decisión y a lo largo de la mediación, incluido el nombramiento de oficio de ser necesario.

En el mismo sentido, Miño (2002) opina que la asistencia de un abogado se torna imprescindible para la toma de decisión respecto de la elección de la vía misma, como así también en relación a los términos del acuerdo al que se arribe.

4. Mediación penal: Criterio de oportunidad procesal

La norma penal describe una conducta como punible e impone una sanción a quien incurra en ella. Su concreción requiere un procedimiento mediante el cual cuando se ha incurrido en esa conducta, se procura establecer la verdad sobre el hecho, para la aplicación de la sanción prevista al responsable.

Aquí se presentan dos alternativas: o el estado reacciona buscando acreditar el hecho para sancionarlo en todos los casos en donde exista la hipótesis sobre la comisión de un delito, sin excepción, o puede elegir en que casos, por diversas cuestiones de política criminal, va a ejercer esa actividad y en otros no (Lewis, 2002).

La primera alternativa se corresponde con el principio de legalidad, relacionado con las teorías retributivas sobre la pena, y la segunda con el principio de oportunidad, que toma al delito como conflicto.

La mediación penal se inscribe en el marco de aquellas modalidades orientadas en función a criterios de oportunidad procesal, que presuponen la necesidad del sistema penal de seleccionar, racionalmente, el ingreso de los casos, ya sea para evitar la incriminación de hechos punibles mediante otras formas alternativas de solución de conflictos o por ser innecesaria su aplicación (Miño, 2002).

Ello se opone aparentemente al principio de legalidad, que impone a los órganos estatales, en nuestro caso el Ministerio Público Fiscal, la obligatoriedad de perseguir todos los hechos delictuales que ingresen al sistema de justicia, con excepción de los denominados de acción privada y de modo relativo los que dependen de instancia privada, de la víctima o su representante (art. 71, 72 y 73 Cód. Pen.).

No obstante ello, es posible observar manifestaciones del principio de oportunidad dentro de nuestro sistema, en los casos previstos en los art. 26, 27 bis del Cód. Pen. (condena de ejecución condicional), arts. 40 y 41 del mismo cuerpo legal (condiciones que se tendrán en cuenta al individualizar la pena a aplicar), art. 76 bis (suspensión de juicio a prueba).

De la misma manera y más allá que la Ley 22.278, aún vigente en nuestro ordenamiento para el tratamiento de jóvenes delincuentes, contenga prescripciones incompatibles con los lineamientos que fija la Convención de los Derechos del Niño, no se puede dejar de mencionar que hace alusión al principio de oportunidad. Ello es así, en cuánto la prescripción que contiene el art. 4° *in fine* de esa ley permite la absolución del imputado teniendo en cuenta la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión recogida por el juez (Fellini, 2002).

En este marco es posible considerar que un acuerdo entre las partes, o la reparación del daño a satisfacción de la víctima, son circunstancias que deben influir en el ámbito de la decisión discrecional del magistrado que debe aplicar la consecuencia jurídica (Fellini, 2002).

En definitiva, el principio de legalidad no debería verse como antitético al de oportunidad, sino más bien como su complemento: *“El principio de oportunidad representa un principio válido del derecho de seleccionar la persecución de los hechos punibles, según las metas políticas que persigue el ejercicio racional del poder penal por el Estado”* (Ruiz Mones, 2002, p. 43).

5. Ámbito de aplicación.

La culpabilidad supone la comprensión de la norma, y en los menores de edad esta categoría se encuentra limitada por el grado de madurez que determina la entidad del reproche penal. No se le puede reprochar su obrar a quien por su edad aún no ha podido prever acabadamente las consecuencias que ella ocasiona. (Fellini, 2002, p. 12).

No es predecible, en principio, que la mediación-reparación pueda abarcar la comisión de conductas graves ni de hechos realizados por inimputables. Es acertado

aplicarla en autores primarios que puedan comprender los alcances de solucionar un conflicto dentro del marco de origen. Los menores inimputables, por su corta edad, carecen de la posibilidad de comprender las prescripciones de la norma, así como las consecuencias de sus propios actos; adolecen de madurez para llegar a un punto de negociación en el conflicto y tampoco podría esperarse que se comprometan responsablemente con su acuerdo y puedan sostenerlo en el tiempo. Los niños se encuentran en una etapa de la vida en que se debe atender a su formación y desarrollo psico-físico y no podrá exigírseles, por lo tanto, las mismas responsabilidades que los adultos.

Asimismo, debe quedar claramente expresado que, *“en principio, solo podría aplicarse a cierto tipo de delitos considerados de menor cuantía: delitos patrimoniales y delitos no violentos”* (Fellini, 2002, p. 15).

Con el mismo sentido, Sara Carreras (2002) piensa que el ámbito de aplicación debe quedar circunscripto a menores no reincidentes, que fueran autores de hechos típicos, sancionados con penas leves y cuya edad cronológica se sitúe entre los 16 y los 18 años.

A la autora citada no le parece adecuado introducir la mediación en el caso de delitos graves, los cometidos con alto grado de violencia, los que hubiesen causados daños graves físicos o psíquicos, los que hubiesen generado alarma social y en los que el ofensor fuese reincidente o haya incumplido acuerdos previos.

En una posición contraria, Nordenstahl (2010) opina que la mediación no debe limitarse solamente a delitos menores o a agresores primarios.

Con esta misma tesitura, agrega Finochietti (2007) al respecto, que hay un principio básico que es que no hay “delitos mediables” sino que hay “casos mediables”. La autora es partidaria de no poner límites. Hay amenazas simples que no se pueden mediar porque son una escalada de violencia atroz, y en cambio, aunque en principio un robo con armas no es mediable, por las especiales características del caso, podría llegar a serlo. De la misma manera, tampoco hay que obligar a que todos los delitos de hasta tal pena tengan que ir a mediación, porque no todos esos delitos van a ser mediables.

En la misma línea, Mendoza (2007) dice que 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.

6. Inconvenientes para su aplicación

i. La capacidad

Para la autora Zulita Fellini (2002) un inconveniente que se suscita para la implementación de los programas de mediación penal juvenil es la capacidad para celebrar acuerdos de los adolescentes, ya que nuestra legislación, coherente con las disposiciones emanadas de la CDN fija la edad de 18 años a partir de la cual el joven debe ser considerado adulto respecto de cualquiera de sus actos.

Para Kemelmajer (2009), el hecho de haber acogido a la CDN con rango constitucional no significa fijar la edad de 18 años ni como edad de imputabilidad penal ni como edad en la que se adquiere la plena capacidad civil.

Prosigue la autora su análisis, estableciendo que, el joven imputable que ha cometido una infracción penal tiene capacidad para celebrar el acto jurídico, resultado de la mediación, del cual se generan obligaciones a cumplir, si se aplican las siguientes reglas:

- Quien suscribe el acuerdo debe tener “madurez suficiente”, por eso no está capacitado para celebrar el acuerdo la persona que padece minusvalías o desviaciones psíquicas porque ella en principio, no podría ser sancionada ni penada.

- En el acuerdo normalmente intervendrán los padres, o quien ejerza la autoridad sobre el infractor, esa intervención completará su capacidad civil, si el acuerdo supone un acto de enajenación de bienes, se requerirá la autorización judicial.

- La intervención paterna o judicial no será necesaria si las prestaciones a cargo del infractor son servicios que no implican esfuerzos

especiales, o aquellos que tienen una finalidad eminentemente educativa (como ir a establecimientos escolares, o de otro tipo donde el niño aprende un oficio). La solución se funda en un razonamiento simple: si la ley declara imputable penalmente a una persona, *a fortiori* le está dando la aptitud para concluir un conflicto por una vía que lo responsabiliza pero que, al mismo tiempo, lo reinserta socialmente (Kemelmajer, 2009).

ii. Presunción de inocencia, derecho al silencio y al justo proceso.

Muchos programas de mediación exigen que el imputado asuma su responsabilidad y admita la culpabilidad en el ilícito.

La aplicación rigurosa de este recaudo podría llevar a violar la presunción de inocencia, el derecho al silencio y el justo proceso. Por eso, nos relata Kemelmajer de Carlucci (2009) algunos programas no exigen que el joven haya reconocido su culpabilidad, le basta que no niegue haber estado en el lugar del delito.

De cualquier modo, si la mediación fracasa en la etapa preliminar del proceso, el imputado continúa amparado por el principio de inocencia. (Fellini, 2002).

La presunción de inocencia implica que no pueda ser condenado sin prueba de culpabilidad. Al mismo tiempo requiere el derecho a no declarar contra si mismo.

En los programas de mediación para la reparación, no se violarían estos derechos en cuanto se exige la voluntariedad y confidencialidad (Ruiz Mones, 2002).

Hay que ser extremadamente cuidadoso pues una actividad que tiene en cuenta modelos psicológicos de tipo sistémico relacional puede tener el efecto perverso de transformar a la mediación en una intervención o terapia psicológica, desviando sus objetivos. Ello no quiere decir que el mediador no deba contar con instrumentos psicológicos que lo ayuden a administrar el conflicto, pero sin perder el objetivo primario y que ignore que hay un proceso (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

7. Conclusiones

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, si le quitamos la cuota de responsabilidad y sólo lo consideramos pasible de tener derechos, lo convertimos nuevamente en un objeto (Finochietti, 2007, p. 91).

Poniendo el acento en la necesidad de reconciliación víctima- ofensor, como lo hacen los programas de mediación penal, se aspira a transitar de un modelo tutelar a otro de responsabilidad.

La pretensión consiste en facilitar el reconocimiento de las normas, la desjudicialización y la incorporación de los derechos de las víctimas, fortaleciendo el respeto del niño por los derechos humanos y por las libertades fundamentales de terceros.

Los elementos comunes a todas las definiciones son los siguientes:

- i. La mediación es un proceso, consecuentemente su naturaleza es dinámica y no estática.
- ii. Las partes toman intervención activa, se comunican y se involucran. Son *insiders* y no objetos y espectadores de un sistema que pertenece al gobierno.
- iii. El proceso ofrece a la víctima y al ofensor la oportunidad de expresarse; sin embargo no están obligados a encontrarse cara a cara, pueden comunicarse a través de un facilitador.
- iv. El proceso está conducido por un tercero imparcial, neutral, que asiste los dispares puntos de vista sirviendo de guía, inspirador de rumbos y alternativas para la solución pacífica del conflicto.

La mediación penal favorece a la creación de un espacio para promover la comunicación, esclarecer posiciones, desarrollar procesos de responsabilización. Es claramente una respuesta educativa e individualizadora a la comisión de actos delictivos, sin modificar las reglas que son de orden público. Es que aunque se trate de un procedimiento informal y flexible tiene una estructura definida.

Por otro lado, se inscribe en el marco de aquellas modalidades orientadas en función a criterios de oportunidad procesal. A este respecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico opta por la legalidad acepta excepciones a ese principio, fundadas en el principio de oportunidad, como por ejemplo la suspensión de juicio a prueba, para delitos menores y delincuentes primarios.

Con este mismo criterio de oportunidad, el régimen penal de la minoridad vigente en nuestro país autoriza la no aplicación de la pena que corresponda a un menor imputable si el juez lo considera innecesario en virtud de las modalidades del hecho, los antecedentes del niño y el resultado del tratamiento tutelar, ello en mérito a que el aludido tratamiento haya cumplido con la función educativa, propia de la pena para menores (art. 4° Ley 22.278).

Respecto del ámbito de aplicación, la doctrina oscila entre quienes sostienen que la mediación debe circunscribirse a delincuentes primarios (no reincidentes) de hechos típicos, sancionados con penas leves y cuya edad cronológica se sitúe entre los 16 y los 18 años; y los que opinan que la mediación no debe limitarse solamente a delitos menores o a agresores primarios; ya que no hay “delitos mediables” sino que hay “casos mediables”.

Los programas de mediación no exigen que el joven reconozca su culpabilidad, basta que no niegue haber estado en el lugar del delito, ya que la aplicación rigurosa del recaudo de que acepte su responsabilidad en el ilícito podría conllevar la violación de la presunción de inocencia, el derecho al silencio y el justo proceso.

En los programas de mediación para la reparación, no se vulnerarían estos derechos en cuanto se exige la voluntariedad en la asunción de ciertas responsabilidades

y la confidencialidad que impide que la información obtenida se traslade a otros ámbitos, inclusive el judicial.

Por ello, si la mediación fracasa en la etapa preliminar del proceso, el imputado continúa amparado por el principio de inocencia.

Asimismo, en el proceso de mediación queda garantizado el derecho a la defensa técnica en cuanto el joven cuenta con la asistencia imprescindible de un abogado tanto para la toma de la decisión de ingresar o no al programa de mediación para obtener con la víctima una solución consensuada del conflicto, como así también en relación a los términos del acuerdo al que se arribe.

En el capítulo siguiente, se avanzará en la descripción de la recepción del instituto de la Mediación penal Juvenil en diferentes legislaciones provinciales y en el derecho comparado.

Capítulo V: Recepción del instituto de la mediación penal juvenil

1. Introducción

Como se ha mencionado en el trabajo en diversas oportunidades, la normativa aplicable en Argentina en materia penal minoril es el decreto-ley N° 22.278 del año 1980 (reformado posteriormente por la Ley 22.803 (BO. 9-5-83), 23.264 (1985) y 23.742 (1989).

Esta ley de fondo regula los aspectos sustantivos en torno a los adolescentes infractores a la ley, implantando la figura de la *inimputabilidad*, diferenciando dos clases de menores ante la ley penal, a) los menores de 16 años, que no serán imputables, y b) los menores de entre 16 y 18 años, que serán imputables respecto de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad que exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (art. 1 y 2 de la Ley 22.278-).

Zulita Fellini (2002) sostiene, que dentro del ámbito de la Ley N° 22.178, es posible recurrir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Para que ello acontezca, deben darse los requisitos del art. 4°.

Según la autora, en el momento en el que el juez resuelve aplicar sanción, absolver o perdonar, también podría considerar que carece de interés la aplicación de la pena o medida, o que la pena puede ser disminuida, en función del acuerdo de voluntades obrado entre las partes. Sin embargo, dada la falta de normativa específica, no sería un acto vinculante para el juez.

En este estado del sistema y en la búsqueda de esos dispositivos alternativos al proceso, varias provincias argentinas han optado por receptar en sus legislaciones mecanismos de justicia restaurativa.

En el capítulo, se analizará el procedimiento llevado a cabo en la mediación penal juvenil en alguna de ellas; para luego, avanzar en el examen de la acogida legislativa del instituto en otros países.

2. Recepción del instituto de la mediación penal juvenil en las legislaciones provinciales

i. Neuquén

En la provincia de Neuquén a través de un convenio entre la Fiscalía de Delitos Juveniles y la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Ejecutivo, aprobado a partir del año 2002, se originó el programa de Mediación Penal Juvenil, cuyo marco legal está dado por la Ley 2.302 de Protección Integral del Niño y el Adolescente, sancionada en el año 2000, que en su artículo 64 estipula que ante el resultado favorable de una mediación, en la que se haya logrado una composición del conflicto, se procederá al archivo de la causa fundándose tal decisión en el interés superior del niño.

Es importante señalar que el art. 62 de la ley enumera los “*Derechos fundamentales en el proceso*”. En especial y, entre otros, tendrá el joven infractor los siguientes derechos y garantías:

- A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad a través de una sentencia firme de condena, debiendo ser tratado como tal durante todo el proceso.
- A no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni constreñido a participar activamente en actos de contenido probatorio.
- A ser informado por la autoridad judicial, desde el comienzo del proceso y sin demora, directamente o a través de sus padres o representantes legales, de los hechos que se le atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra.
- A nombrar abogado defensor, por sí mismo o a través de sus representantes legales, desde la existencia de una imputación en su contra, con independencia de que se haya o no dado formal iniciación al proceso. Si no hiciere uso de ese derecho, será su defensor oficial con competencia penal en la materia, El defensor deberá asistirlo durante todo el proceso y especialmente antes de la realización

de cualquier acto en el que intervenga. La defensa del niño y adolescente es irrenunciable y debe prestarse en forma real y efectiva.

En este sentido, el procedimiento de mediación respeta las garantías y derechos antes enunciados, y cumple el siguiente esquema (Nordenstahl, 2010):

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.

Segundo paso. Carta a la víctima y al infractor: En un lenguaje comprensible, claro y sencillo se les hará saber a las partes que el caso fue seleccionado para el programa de mediación, dándoles un teléfono para que puedan llamar a fin de obtener más detalles.

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 y sin estar seguros que el joven y sus padres están dispuestos a intentar una solución consensuada que implicará a asunción de ciertas responsabilidades. En la entrevista se debe dar a conocer al joven del motivo de la intervención (conducta antijurídica que se le atribuye y grado de participación), así como la posibilidad prevista en el art. 64 de la Ley 2302 (aplicación de un criterio de oportunidad) y el sentido y alcance de la mediación.

La finalidad de este encuentro es conocer la actitud del adolescente frente al hecho, que nivel de responsabilidad acepta, y si tiene capacidad de asumir todo lo que importa ingresar en el programa. También se evalúa la opinión de los padres. De evaluarse como favorable el resultado de la entrevista, se requerirá al joven haga una propuesta de reparación.

Cuarto paso. Entrevista con la víctima: Después de informarles también los alcances del art. 64 de la ley citada y del programa de mediación, se le hará conocer la

voluntad del joven infractor de reparar, y el aval de sus padres. Se debe permitir que la víctima hable sobre el hecho y que exprese que tipo de compensación es la que espera.

Quinto paso. Encuentro víctima-ofensor: El mediador evaluará si es necesario un acercamiento de las partes o pasa directamente a redactar el acuerdo. El encuentro víctima-ofensor no es ineludible. Si bien es deseable y el mediador debe propiciarlo porque ayudará que ambas partes se escuchen y hagan un esfuerzo por entenderse, hay ciertas circunstancias o tipos de delitos que no hacen aconsejable el encuentro cara a cara.

Sexto paso. Redacción de un acta de compromiso: En el acta se vuelcan los compromisos asumidos por el joven infractor, y es suscripta por él, sus padres y la víctima. Si esta última se negara a firmarla, debería evaluarse de que el joven se responsabilice haciendo otro tipo de tareas (comunitarias, por ejemplo).

Séptimo paso. Informe del mediador: En el informe al Fiscal se informará la actitud del joven y grado de cumplimiento de los compromisos asumidos. En este punto cabe aclarar, que en aquellos casos que no impliquen una grave afectación al orden público, el resultado favorable de la mediación implicará el archivo de las actuaciones, previsto en el art. 64 de la norma citada. Cuando el orden público sea seriamente afectado, igualmente se podrá llevar a cabo la mediación aunque no implique la paralización del proceso, y su resultado favorable podrá ser invocado por la Fiscalía para solicitar la absolución en los términos del art.4º de la Ley 22.278, siendo su criterio vinculante según lo previsto por el art. 87, 1º párrafo de la ley 2.302. En caso se incumplimiento, podrá pedirse imposición de pena, conforme las previsiones del art.4º de la Ley 22.278.

Octavo paso. Evaluación de la mediación: Los mediadores efectuarán su propia evaluación, en base a parámetros objetivos.

ii. Tierra del Fuego:

En la provincia de Tierra del Fuego con la sanción la Ley 804 se consolida el sistema de mediación penal, que había comenzado en principio como un plan piloto mediante la acordada STJ N° 37/07.

La tramitación especial del proceso de mediación, en causas penales, está previsto en el capítulo V de la mentada ley, pudiendo efectuarse la derivación de causas que sean susceptibles de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba. Ésta podrá ser efectuada a pedido tanto del imputado como de la víctima, o cuando el agente fiscal o el juez entienda que resulte de conveniencia a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la auto composición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales. Siempre se requerirá el consentimiento del agente fiscal. En aquellos casos que correspondan a delitos de acción privada, las partes podrán solicitar al juez la derivación al Centro de Mediación, pudiendo también este último ofrecer como alternativa al momento de convocar a la audiencia de conciliación.

Si bien en un comienzo no estuvo prevista la derivación de casos penales al Centro Mediación por parte de los Juzgados de Familia y Minoridad, relata Nordenstahl (2010) que ante la solicitud de uno de éstos y la buena predisposición de los coordinadores del programa, se comenzó a recibirlos.

El trabajo interdisciplinario fue un punto fundamental en la concepción primigenia del programa razón por la cual, actualmente, el equipo del Centro de Mediación de Río Grande está conformado por una abogada, una trabajadora social y dos notificadores, también mediadores (Nordenstahl, 2010, p. 149).

Las etapas que incluye el procedimiento son similares a las relatadas en la provincia de Neuquén. Por esa razón a continuación se esbozarán algunos puntos sobresalientes.

El proceso de mediación, que se plantea como de aceptación voluntaria en todos los casos, cobra relevancia desde el momento en que las partes son invitadas a participar.

La notificación de la convocatoria se realiza en los propios domicilios, procurando el notificador tener contacto directo con las partes.

En el caso de adolescentes y jóvenes, el notificador, aún cuando haya mantenido un diálogo con sus progenitores, intenta también tomar contacto directo con aquel. También se mantiene comunicación telefónica con el abogado defensor asignado.

Se realizan entrevistas personales con todos los protagonistas y afectados por la controversia.

Con respecto al joven o adolescente, es necesario que concurra junto a sus padres o mayores de confianza. Es el momento tanto para informar sobre el significado de la mediación-reparación, como para conocer su actitud frente a los hechos, cómo los sitúa y que nivel de responsabilidad está dispuesto a asumir.

La ley prevé, en su art. 26, que en los casos penales derivados de los Juzgados de Familia, se convocará además a los padres o representantes de los jóvenes participantes del proceso, como así también se podrá invitar a las instituciones públicas o privadas u otros miembros de la comunidad que puedan tener interés en la resolución del conflicto.

Como cuestión metodológica, se resuelve entrevista primero a los jóvenes y luego a sus padres o representantes, *“...con el objetivo de permitirles el protagonismos, la recuperación de su propia palabra y la posibilidad de trabajar desde sus intereses personales que muchas veces pueden diferir de la de sus padres”* (Nordenstahl, 2010, p. 150).

Por otro lado, el hecho de que esté acompañado de su círculo familiar de contención, permitirá el involucramiento de éstos tanto en el proceso como en el resultado.

El paso siguiente, será la entrevista con la víctima o víctimas, a quienes se les ofrecerá la posibilidad de concurrir acompañados, si así lo prefieren. Se evaluará en este encuentro su voluntad de encontrarse con el infractor, como así también, el mediador constatará la ausencia de de cualquier tipo de impedimento (legal, material, personal).

En la experiencia concreta, se advierte que prácticamente en todos los casos los jóvenes han decidido participar, y que la mayor parte de los desistimientos que se produjeron fueron por parte de los adultos (Nordenstahl, 2010, p. 150).

Luego de las entrevistas y con la anuencia de todos los participantes, se convocará al primer encuentro, en la que puede que ocurran algunas de las siguientes situaciones: reelaboración por parte de la víctima de la violencia o daño sufrido, la reconstrucción por parte del joven de la situación, el análisis de las consecuencias y de la repercusión de los actos, las fórmulas de reparación del daño y restauración de la ofensa y los compromisos de conductas para mejorar la relación o evitar situaciones similares en el futuro.

La elaboración y redacción del acuerdo deberá mantener un vocabulario claro y específico, en lo posible, cercano al lenguaje coloquial antes que al jurídico-administrativo, cotejando permanentemente para evitar confusiones o malentendidos. *El acuerdo no debe culpar, tiene que ser eficiente, es decir, bastarse a si mismo, a la vez que realista y ejecutable*” (Nordenstahl, 2010, p. 151).

El artículo 28 estipula que en aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el juez, en los términos del Código Procesal Penal, dispondrá la desestimación de la denuncia, rechazará el requerimiento fiscal de instrucción, o dictará el sobreseimiento, según corresponda de acuerdo al estado del trámite de la causa. Asimismo, en la etapa de juicio, el Tribunal dictará el sobreseimiento.

Tanto para los encuentros como para el acompañamiento de las partes en la concreción de aquello a lo que se han comprometido, pasan a tener protagonismos instituciones tanto públicas como privadas, u otros miembros de la comunidad que tengan interés en la resolución del conflicto (algunos ejemplos: tratamiento terapéutico,

tarea comunitaria, asistencia a algún programa pedagógico.), conforme lo establece el art. 29 de la ley en análisis. Asimismo, los informes que emitan dichas instituciones servirán para efectuar un efectivo seguimiento de lo pactado.

3. Derecho comparado: Recepción normativa en la legislación internacional

i. Costa Rica

Costa Rica es uno de los países de la región latinoamericana con mayor desarrollo de los métodos RAC. Desde su promoción nacional a partir del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de la Corte Suprema de Justicia (Programa RAC), entre los años 1994 y 1996, ese país ha logrado principalmente una creciente cultura general y jurídica para su uso, así como un novedoso marco normativo al respecto (Randall Arias S., 2003).

En Costa Rica, mediante la Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576, vigente a partir del 1° de mayo de 1996, la desjudicialización puede enfocarse desde dos niveles: un primer nivel en la fase inicial o de investigación, en el cual se puede aplicar el criterio de oportunidad reglado, y un segundo nivel en la fase jurisdiccional, con institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

En este cuerpo normativo, se establece un grupo de alternativas que procuran que los adolescentes no sean llevados masivamente a la jurisdicción penal. Con tal objeto, se disponen mecanismos que se implementan en fases iniciales del proceso, basados principalmente en el axioma de última ratio del derecho penal juvenil.

Estos mecanismos son: la aplicación del criterio de oportunidad reglado (la ley establece cuándo se puede desistir de la persecución penal), la conciliación (arreglo directo entre el joven y la víctima) y la suspensión del proceso a prueba (el juez decide paralizar el proceso y puede imponer una orden de orientación y supervisión).

Respecto del criterio de oportunidad reglado, según el artículo 56 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, los funcionarios del Ministerio Público tienen la potestad de aplicar el criterio de oportunidad en los siguientes casos:

- Cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.
- Cuando el menor de edad colabore eficazmente con la investigación para esclarecer el hecho investigado u otros delitos conexos.
- Cuando el menor de edad haya sufrido, como consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.
- Cuando la sanción que se espera imponer carezca de importancia.

El criterio de oportunidad reglado trata de establecer normas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos en los cuales debería acusarse por un aparente hecho delictivo. Constituye una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. No se trata de autorizar al Ministerio Público para transar a su antojo con la defensa, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que hacen innecesaria la iniciación del proceso y la eventual pena (Tiffer y Llobet, 1999).

El juez debe homologar la decisión tomada por el Ministerio Público, lo cual está concebido como un requisito para darle firmeza al fallo.

Un aspecto relevante de esta forma de desjudicialización radica en que su utilización produce cosa juzgada material, es decir, una vez decretado el criterio de oportunidad se extingue la acción penal por razones de seguridad jurídica.

La Conciliación, como mecanismo restaurativo, está prevista en los artículos 61 al 69 y 80 de la Ley 7576.

La ley establece que el arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción, mientras su cumplimiento esté sujeto a plazo.

Este mecanismo trata de buscar una solución efectiva al conflicto penal. Constituye un medio informal de control social que procura aplicar la idea de que en materia de justicia penal juvenil la no intervención será la mejor respuesta en muchos casos. Paralelamente, se intenta reconocer el protagonismo que corresponde a la víctima y al acusado del delito. Es, además, una buena posibilidad de solución para el conflicto, a la vez que posee un potencial valor educativo para el joven acusado (Tiffer y Llobet, 1999).

Según la doctrina de ese país, los rasgos que caracterizan el “modelo de responsabilidad penal juvenil costarricense” son: Especificidad del Derecho Penal juvenil en relación con el Derecho penal de Adultos; desjudicialización, desformalización o diversificación de la intervención penal; intervención mínima y principio de subsidiaridad; principio de preferencia de las sanciones no privatistas de la libertad; diferenciación de grupos etarios; proceso garantista, flexible, sumario, único y confidencial, garantismo y no impunidad; preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 393).

ii. España

Aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño y creados los nuevos Juzgados penales juveniles, cuyos jueces *especializados* comenzaron a desplazar a los jueces tutelares, se avanzó en la construcción de una normativa para regular la situación de jóvenes en conflicto con la ley penal, basado en el modelo de *Responsabilidad*. “*De alguna manera, el sistema normativo es producto de la evolución jurisprudencial*” (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 399).

Actualmente, y desde el 13 de enero de 2001, rige la ley 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los adolescentes, que establece, un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar medidas aplicables a éstos en cuanto infractores penales, sobre la base de valorar especialmente el interés del menor, entendiendo por menores a tales efectos a las personas comprendidas entre los doce y dieciséis años. Simultáneamente, encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal,

y le concede amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar los efectos aflictivos que el mismo pudiera llegar a producir.

Asimismo, termina estableciendo un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, al que le otorga todas las garantías constitucionales, en sintonía con lo dispuesto por el art. 40 de la CDN.

Asienta así el principio de que la responsabilidad penal de los jóvenes presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que determina notables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y en otro sector.

Fija, además, la mayoría de edad penal en los dieciocho años, precisando como límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir responsabilidad, en los catorce años, con base en la convicción que las infracciones cometidas por los niños menores de esa edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

El sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima es contemplado en el texto del art. 19 de la Ley 5/2000. Puntualmente, la conciliación y la reparación son definidas legalmente en su inciso 2, y presentan el denominador común de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del niño termina con el conflicto jurídico iniciado por la causa. Se entenderá producida la conciliación cuando éste reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas; mientras que la reparación se define como el compromiso con la víctima o con el perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de ellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

La autora que vengo glosando describe que aunque el tenor literal del apartado I y la Exposición de Motivos parecen exigir que en la conciliación, necesariamente, las

dos partes alcancen el acuerdo(se hace mención que la víctima acepte las disculpas), y que la reparación culmine en su realización efectiva, algunos autores, fundados en el Interés Superior del Niño, afirman que si éste ha tomado seriamente la iniciativa de reconocer el daño y solicita disculpas, o asume el compromiso de realizar determinadas acciones en beneficio de la víctima, su actitud puede ser valorada positivamente por encima de la decisión negativa adoptada por la víctima y el perjudicado (Kemelmajer de Carlucci, 2009)

Aunque es paradójal hablar de conciliación si la víctima no está de acuerdo, la solución propiciada se funda en el art. 19.4 que permite al Ministerio Fiscal dar por concluida la instrucción y proceder a la solicitud de sobreseimiento no solo cuando se haya producido la conciliación/reparación, sino también, cuando una y otra no pudieran llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del niño.

Según Boldova Pasamar, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci (2009), la ley 5/2000 incorporó los siguientes principios: *Principio de existencia de responsabilidad penal de los menores entre los 14 y 18 años*, se trata de una responsabilidad especial, diferente a la de los adultos. Habla de medidas sancionatorias-educativas, creando una serie de mecanismos de *desjudicialización o diversión* tendiente a evitar que el menor sea sometido al proceso penal, o que el proceso llegue a su término, o que se ejecute la medida impuesta en todo o en parte, recogiendo el *Principio de oportunidad*.

También están presentes, el *Principio de intervención mínima*, el *Principio del Interés Superior del Niño* y el *Principio de flexibilidad*, incorporando en este sentido los principios de la justicia reparadora, como una de las mejores formulas para alcanzar la reeducación del menor.

La realización de tareas socioeducativas consiste en que el adolescente lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social.

Aunque el artículo no menciona la palabra *mediación* sino *conciliación*, no hay dudas que se trata de una típica mediación (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 414).

Un requisito para la derivación (*diversión*), es que los hechos delictivos han de ser delitos no graves, o faltas cometidas sin violencia ni intimidación grave.

La determinación de si es delito grave o no, se mide según las penas y la graduación fijada por el Código Penal. Es de destacar, que un sector de la doctrina critica la forma como se cumple el recaudo; afirma que es una restricción demasiado rígida, que deja fuera del sistema un número muy significativos de delitos que no son ofensivos contra derechos fundamentales de las personas, como el robo con fuerza en las cosas, la modalidad básica de la estafa, los incendios forestales sin peligro para la vida o integridad física de las personas, el tipo básico de tráfico de drogas que no causa grave daño a la salud, el cohecho, así como delitos que permiten imaginar formas comitivas de escasa gravedad protagonizados por menores de edad, como atentados a la intimidad, etc. (Kemelmajer de Carlucci, 2009, p. 416).

Otro requisito, es que el joven infractor debe contar con el asesoramiento letrado. En efecto, según el tenor literal del precepto, el joven infractor realiza un reconocimiento de los hechos, explícito en la conciliación e implícito en la reparación, ante el miembro del equipo técnico que lleva a cabo las tareas mediadoras; como se trata de un supuesto de desistimiento de la continuación de la causa, se entiende que ésta ya ha sido incoada y, por tanto, que el joven tiene todos los derechos reconocidos por la ley, entre ellos el derecho a designar o que le sea designado abogado que le defienda.

4. Conclusiones

Como se ha desarrollado en este capítulo, existen algunos avances en las legislaciones provinciales que, dentro del ámbito del art 4° de la Ley N° 22.178, han podido regular aspectos procesales en la materia penal juvenil, lo que ha permitido la creación e implementación de dispositivos de justicia restaurativa.

A pesar de que el Código Penal de la Nación, en el artículo 71, recepta el principio de legalidad, un relevamiento efectuado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación da cuenta de que al menos doce provincias han regulado en sus Códigos Procesales el “principio de oportunidad” que le otorga facultades discrecionales al Ministerio Público Fiscal para que no prosiga con la acción penal y se

derive el caso a un mecanismo alternativo de tratamiento, como lo es la mediación (Vetere, 2013).

En el caso de las dos provincias reseñadas en el capítulo es dable resaltar lineamientos de la Convención de los Derechos del niño que forman parte de sus marcos legales y que nutren el instituto de la mediación.

Se destaca por ejemplo el art. 62 de la Ley 2302 de la provincia de Neuquén que enumera un conjunto de garantías que deberán rodear toda actuación vinculada con la conducta desviada de índole penal en que se encuentre vinculado un niño y que deben ser respetadas durante el proceso de mediación, ello en concordancia con el inc. 2 del art. 40 de la Convención y la regla 7.1 de Beijing, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no declarar contra sí, a la presencia de los padres y tutores y al asesoramiento legal.

En el caso de Tierra del Fuego se subraya la interdisciplinariedad del equipo de mediadores, característica que se relaciona directamente con el *principio de especialidad* contenido la regla 12 de Beijing reconocida en el preámbulo de la Convención.

Además, en ambas provincias antes de que ingrese el joven al programa de mediación, se evalúa su capacidad progresiva, es decir, si puede asumir todo lo que éste importa, teniendo en cuenta su Interés Superior, en concordancia con el art.3 inc. d) que se debe respetar su “*edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales*”.

Cabe aclarar que, a la luz del principio de autonomía progresiva receptado en la CDN y la ley 26.061, la facultad de ejercer por sí sus derechos, no se encuentra atada a límites etéreos, sino a la valoración de la madurez y desarrollo del niño en cada etapa de su vida.

Ahora bien, el marco legal argentino vigente en materia de derecho penal de menores debería ser ajustado y restaurado con las reformas ingresadas por el portal del art. 75 inc. 22 Constitución Nacional (1994) y la normativa internacional consecuente.

El *Principio de Especialidad* que emana de la Convención de los Derechos del Niño, impone construir un sistema de justicia juvenil con leyes específicas, con el propósito de tratar a los niños en conflicto con la ley penal, sin recurrir a procedimientos judiciales.

Podríamos decir que la demora de la Argentina en aprobar una ley fondo que regule la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes que se acuse o declare responsable de la comisión de un delito y que se adecue a los estándares internacionales de derechos humanos, brinda la posibilidad de aprender de los aciertos y errores cometidos en experiencias comparadas.

En este sentido, es de importancia las experiencias costarricense y española porque la idea central de sus legislaciones es desjudicializar primando la educación, adoptando medidas para tratar a estos niños sin recurrir a procedimientos judiciales.

Así, la aplicación de la *conciliación/reparación* adquiere un carácter primordialmente educativo tendiente a evitar que el menor sea sometido a proceso penal y lograr así su reinserción en la familia y/o la sociedad, de conformidad con las directrices de la CDN, preparando al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión y tolerancia, que le lleve a respetar los derechos y los bienes jurídicos ajenos.

En definitiva, que ayude a reintegrarle a la sociedad, ya que *Interés Superior* significa que hay que atender no sólo al respecto de los derechos y garantías individuales de las personas menores de edad, sino a consideraciones fácticas, personales y sociales.

Capítulo VI: Antecedentes Jurisprudenciales

1. Introducción

Hoy los estándares internacionales obligan a los Estados Partes a la construcción de un sistema de justicia para adolescentes desde una nueva perspectiva basada en el *Principio de Especialidad*.

Este implica la prohibición absoluta de tratar a los adolescentes del mismo modo que a los adultos y surge del artículo 40.3 de la CDN, que expresa: “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”.

En este capítulo se exponen algunas decisiones de tribunales a nivel local, nacional e internacional, que versan sobre algunos puntos de contacto con el problema de investigación planteado cuya interpretación puede servir como pautas jurisprudenciales orientadoras.

2. Local: Tribunal Oral de Menores N°2 de Capital Federal

El Tribunal Oral de Menores N° 2 de Capital Federal, en el año 2007 en su fallo del 13 de abril de 2007 se ha expresado²:

"La barrera a la potestad jurisdiccional, que es el principio de legalidad, impide la realización de una mediación penal entre la víctima Julio René González y el menor imputado Gastón Fabián Cruz. (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional)." (Del voto en mayoría de la Dra. Cassará).

"No desconozco que se han presentado diferentes proyectos referidos al principio de oportunidad y de mediación penal, pero no han prosperado, por lo tanto no

² Trib.Men.Fed.N°2 “C. 3962 - L., M. y Otro s/robo, etc.” (2007). <http://www.eldial.com.ar>- AA3CB5

competen a los jueces implementarlos sino al Poder Legislativo." (Del voto en mayoría de la Dra. Cassará).

"Insistir en una ley previa que reglamente los derechos enunciados en la Convención de los Derechos del Niño, no es más que reiterar la vigencia del art. 14 de la Constitución nacional, por cuanto las cláusulas enunciadas en las Convenciones son pautas orientadoras para que los Estados Partes adapten su legislación local." (Del voto en mayoría de la Dra. Cassará).

"La falta de una legislación al respecto, trae aparejado un impedimento administrativo. Coincido con el señor defensor, respecto a que la mediación remite el conflicto a una esfera administrativa, alejándola de la judicial y, que en algunos casos, sería más beneficioso para ambas partes. Pero en la actualidad no existe dicho órgano administrativo encargado de decidir que casos serán resueltos por vía de mediación y cuales seguirán sometidos al conocimiento de la justicia penal, careciendo además de un equipo de mediadores penales especializados en minoridad, conforme lo requieren los principios sustentados por la Convención de los Derechos del Niño, por las Reglas de Beijing, las Reglas de la Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad (Resolución 45/113) y las Directrices de Riad, de cuyos textos se desprenden la exigencia de que todo profesional interviniente en cuestiones de menores infractores a la ley penal se haya capacitado en dicha temática." (Del voto en mayoría de la Dra. Cassará).

"Lo expuesto no implica que no estoy de acuerdo con el instituto de la mediación, por el contrario sostengo que la mediación penal, aplicada a hechos delictivos de insignificante gravedad cometido por imputados sin antecedentes penales, sería un recurso adecuado para resolver el conflicto -que entre víctima y victimario- han originado dichos hechos, pudiendo ser una solución para desjudicializar conflictos de menor trascendencia." (Del voto en mayoría de la Dra. Cassará).

"Entiendo que el instituto en cuestión no se halla receptado en nuestro derecho positivo, por ello, propongo que el órgano legislativo debería analizar la posibilidad de incorporarlo y adaptarlo a la normativa vigente. En consecuencia he de propiciar que se

libre un oficio al Sr. Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación, solicitando el estudio del tema aludido en este resolutorio." (Dr. Velásquez - según su voto).

"Ha dicho en mi criterio no sin razón, la Dra. Zulita E. Fellini que para solucionar el conflicto social del delito, el derecho penal intenta, junto a los tradicionales recursos de la retribución o las prevenciones general o especial, aplicar el más novedoso que incluya la reparación como tercera vía." (Del voto en disidencia del Dr. Talon).

"En esa dirección, atendiendo que la misma, en algunos casos al menos, puede constituir un sustituto de la pena, siempre que cumpla con los fines que se le atribuyen; en el particular caso que nos ocupa parece razonable en aplicación de la normativa prevista en los arts. 4to y concordantes de la ley 22278 -que considero plenamente vigente." (Del voto en disidencia del Dr. Talon).

"Este proceso de conciliación llevará como norte pues, restablecer en la medida de lo humanamente posible, el orden alterado reafirmando así la vigencia de la norma violada, generalizando en la comunidad, al menos cierta tranquilidad." (Del voto en disidencia del Dr. Talon).

"Va de suyo que el sistema sólo alcanzará operatividad de lograr las partes un equilibrio justo de sus intereses y que solo el art. 4to. de la ley minoril ya citada abre la posibilidad de aplicar el instituto en nuestro ordenamiento jurídico." (Del voto en disidencia del Dr. Talon).

"En razón de lo antes expuesto, arts. 4to. y ctes. Ley 22278 y sus modificaciones y Convención por los Derechos del Niño, considero que corresponde dar inicio al trámite de mediación penal en estos actuados." (Del voto en disidencia del Dr. Talon).

3. Nacional: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Cómo se ha analizado en capítulos anteriores, uno de los principios basales de la justicia juvenil es el de especialidad. Este principio implica la prohibición absoluta de

tratar a los adolescentes del mismo modo que a los adultos y surge del artículo 40.3 de la CDN.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado este principio en el fallo “Maldonado” del 7 de diciembre de 2005, donde fundamentó que el reproche del Estado no puede ser igual para un adulto que para un niño, debido a que éste se encuentra en una etapa evolutiva vital, desarrollando su madurez emocional y afectiva³:

“...en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, "su minoridad al momento del hecho". Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro...”

“En efecto, la liberalización del régimen de internación a través de "egresos periódicos" aparece como un intento efectivo para reintegrar al menor a la sociedad libre, objetivo que en manera alguna podría lograrse intramuros. A nadie puede escapar -en particular a aquellos funcionarios cuya actividad específica es el trato con menores- que existen posibilidades de que durante esas salidas el menor pueda cometer un nuevo delito, con el consecuente fracaso del tratamiento resocializador, mas ello aparece como un riesgo ordinario, habida cuenta de que el objetivo perseguido no es sencillo de lograr...”

“Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada. Si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria. En este sentido, cabe recordar que

3 CSJN, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa Nº 1174C -(2005), disponible en: <http://www.eldial.com.ar-AA305B>.

también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que "se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

“Existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del juez de ponderar la "necesidad de la pena". La "necesidad de la pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad" como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a "la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (art. 40, inc. 1º)".

"La justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio."

“Cabe destacar que recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 "Agote", y la reemplazaron por la ley 26.061, de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". En dicho ordenamiento se establece que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados (art. 27). En efecto, ya la Observación General N° 13 de las Naciones Unidas había señalado que "Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

“Partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de

vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos...”

“En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.”

“No escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas.”

“Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional.”

“En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.”

4. Internacional: Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina, en su sentencia de 14 de mayo de 2013⁴, le ordenó a nuestro país ajustar el marco legal a los estándares internacionales señalados en la Sentencia en materia de justicia penal juvenil y diseñar e implementar políticas públicas para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en base a las siguientes consideraciones:

“...los jueces que conocieron los casos no exploraron las diferentes alternativas a la pena impuesta ni fundamentaron la no aplicación de las facultades legales de reducción de la pena, lo que violó el estándar de limitar la privación de libertad de adolescentes “como medida de ‘último recurso’ y ‘por el tiempo más breve que proceda.”

“141... La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquel pertenece.”

“142. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño...”

4 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013, Serie C, N° 260, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>.

“143. Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por lo tanto, los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

“145. Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil.”

“147... los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, en caso de que no sea posible evitar la intervención judicial, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.

“151... la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias

como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.”

“297... El Estado alegó que la situación de la incompatibilidad de la determinación, ejecución y revisión periódica de la sanción penal a niños quedó resuelta con la Ley No. 26.061, relativa a la Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. La Corte observa que...Si bien la Ley No. 26.061 se refiere, entre otros, a algunos aspectos relativos a los “derechos de las niñas, niños y adolescentes”, las “garantías mínimas de procedimiento” y las “garantías en los procedimientos judiciales o administrativos” (artículo 27), los aspectos relativos a la determinación de las sanciones penales a niños se rigen por la Ley 22.278 y por el Código Penal de la Nación, los cuales siguen vigentes en Argentina.”

“325... Asimismo, la Corte observa que la Ley 26.061, relativa a la protección integral de las niñas, niños y adolescentes, establece que la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de aquéllos. No obstante, en esta Sentencia se determinó que la Ley 22.278, que actualmente regula el régimen penal de la minoridad en Argentina y que fue aplicada en el presente caso, contiene disposiciones contrarias a la Convención Americana y a los estándares internacionales aplicables a la justicia penal juvenil ...(supra párrs. 157 y 298). Asimismo, la Corte estableció que, de conformidad con los artículos 19, 17, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado está obligado a garantizar, a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias, la protección del niño por parte de la familia, de la sociedad y del mismo Estado. De este modo, la Corte considera que, a fin de cumplir con dichas obligaciones, Argentina deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil (supra párrs. 139 a 167) y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, Argentina deberá, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos

del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, así como a sus familias.”

5. Conclusiones

A lo largo de este último capítulo he intentado reseñar los fallos más significativos a nivel local, nacional e internacional.

De lo expuesto en la sentencia reproducida en primer término, tanto del voto de la mayoría como del de la disidencia, se puede colegir que los miembros del Tribunal Oral de Menores N° 2 de Capital Federal, más allá del principio de legalidad, la falta de legislación y la carencia de mediadores penales especializados en minoridad que advirtieron, se manifestaron a favor del instituto de la mediación penal considerando que podría ser una solución para desjudicializar conflictos de menor trascendencia, insistiendo en la necesidad de una ley previa que reglamente los derechos enunciados en la Convención de los Derechos del Niño.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, en el fallo “Maldonado” remarcó la importancia de escuchar al niño en todo proceso, ya sea directamente, por medio de representantes u órgano apropiado, en concordancia con el art. 12 de la CDN.

Recalcando, asimismo, que las penas impuestas a los menores de 18 años atienden a fines de resocialización, es decir, a promover a la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva para la sociedad, tal lo prescripto por el art. 40 inc. 1 de la Convención de los Derechos del Niño.

Asimismo, la CSJN reconoció que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la correspondiente en igualdad de circunstancias respecto de un adulto, justamente porque los niños, además de poseer los derechos que les corresponden a todos los seres humanos, tienen derechos especiales debido a que se encuentran en una etapa evolutiva vital, desarrollando su madurez emocional y afectiva.

Esto último, relacionado directamente con el “principio de especialidad”, piedra basal de todo derecho minoril, a la que también hizo alusión la Corte Interamericana de

Derechos humanos en el fallo referenciado, estableciendo que, aplicado al ámbito penal, este principio implica que las diferencias entre niños y adultos, físicas y psicológicas, tanto como sus necesidades emocionales y educativas, sean tomadas en cuenta para un sistema separado de justicia penal juvenil.

La CIDH dijo que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que se deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste en la determinación de sus derechos, procurando en dicha ponderación, un mayor acceso del menor de edad al examen de su propio caso.

Finalmente, la Corte IDH consideró que la Argentina deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Entre los estándares internacionales que se señalan en la sentencia internacional se destaca el imperativo de que en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular.

La Corte establece que en lo posible se deberá evitar la intervención judicial, y en aquellos casos en que ello no fuera posible, serán órganos jurisdiccionales específicos quienes adopten las medidas pertinentes, debiendo los jueces explorar diferentes alternativas a la pena impuesta apropiadas para el bienestar del niño y proporcionales a su circunstancia de menor de edad y al delito cometido, privilegiando su reintegración con su familia y/o la sociedad.

Esto último, claramente en concordancia con lo previsto en el art. 40 incs. 1, 3 b) y 4 de la CDN y art. 5 inc. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

CONCLUSIONES FINALES

Marco Jurídico:

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada en el año 1990, con jerarquía constitucional desde el año 1994 reconoce, promueve y protege los derechos humanos de toda persona que no hubiere alcanzado los 18 años.

A partir de sus directrices, el niño es considerado una persona, un sujeto de derechos, que exige ser tratado con todas las garantías constitucionales, mas un *plus*, cual es atender a su peculiar proceso de formación, principalmente cuando se enfrenta con el sistema penal. No es un adulto “*en reducción*” sino un ser “*en devenir*”.

Como expresa la doctrina, 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, si le quitamos la cuota de responsabilidad y sólo lo consideramos pasible de tener derechos, lo convertimos nuevamente en un objeto.

Esta idea central, explica el paso de la noción de *menor en situación irregular* a la de *protección integral del niño*, asegurado por la Convención sobre los derechos del Niño.

Por su parte, la sanción y promulgación de la ley 26.061 en nuestro país, fue una consecuencia de un cambio de paradigma operado y posibilitó que el Estado argentino cumpliera con las obligaciones internacionales contraídas oportunamente en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Si bien dicha ley no regula los aspectos penales, el artículo 27 de la Ley reglamenta las garantías mínimas de procedimiento.

No obstante lo cual, como dijo la Corte IDH en el fallo “mendoza y otros vs. Argentina”, si bien la Ley No. 26.061 se refiere, entre otros, a algunos aspectos relativos a los “derechos de las niñas, niños y adolescentes”, las “garantías mínimas de

procedimiento” y las “garantías en los procedimientos judiciales o administrativos” (artículo 27), los aspectos relativos a la determinación de las sanciones penales a niños no puede desvincularse radicalmente de la lógica del sistema tutelar ya que se rigen por la Ley 22.278 y por el Código Penal de la Nación.

En este sentido, la CIDH observa que la Ley 22.278, que actualmente regula el régimen penal de la minoridad en Argentina, contiene disposiciones contrarias a la Convención Americana y a los estándares internacionales aplicables a la justicia penal juvenil, estableciendo que el Estado está obligado a garantizar, a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias, la protección del niño por parte de la familia, de la sociedad y del mismo Estado.

De este modo, a fin de cumplir con dichas obligaciones, la Argentina deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil y diseñar e implementar políticas públicas para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Entre los estándares internacionales que se señalan en la sentencia internacional se destaca el imperativo de que, en el diseño y operación de un sistema de *responsabilidad penal juvenil*, los principios del *interés superior del niño*, de *autonomía progresiva* y de *participación* tienen una relevancia particular.

Es que la reacción punitiva estatal para un menor debe ser inferior que la que correspondería en igualdad de circunstancias respecto de un adulto, justamente porque los niños, además de poseer los derechos que les corresponden a todos los seres humanos, tienen derechos especiales debido a que se encuentran en una etapa evolutiva vital, desarrollando su madurez emocional y afectiva, así lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia en el fallo “maldonado”.

Estas diferencias entre niños y adultos, físicas y psicológicas, tanto como sus necesidades emocionales y educativas, deben ser tomadas en cuenta para un sistema separado de justicia penal juvenil.

Tal prohibición absoluta de tratar a los adolescentes del mismo modo que a los adultos surge del artículo 40.3 de la CDN, debiendo los estados 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*”.

Asimismo, para el diseño de ese marco legal específico, en lo posible se deberá evitar la intervención judicial, y si ello no fuera posible, deberán los jueces explorar diferentes alternativas a la pena impuesta, apropiadas para el bienestar del niño y proporcionales a su circunstancia de menor de edad y al delito cometido, privilegiando su reintegración con su familia y/o la sociedad.

Con esta óptica, los documentos internacionales relacionados con la justicia penal juvenil invitan al desarrollo de la *Desjudicialización* a nivel del órgano de persecución, o de la policía, según sea competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en el sistema penal y a sus consecuencias, sosteniendo que la educación y la integración social son características primordiales del sistema penal juvenil.

Lo expresado, encuentra relación con lo previsto en el art. 40 incs. inc. 3, punto b) de la CDN: “*Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales*”, reconociendo muchos autores que en esta norma se consagra expresamente *la desjudicialización o diversión*, aconsejando, dentro de ese modo, la utilización de procedimientos restauradores como método de resolución de conflictos.

Gran parte de la doctrina, propone un marco legal de justicia juvenil que supere el sistema de doble vía tradicional, compuesto por penas y medidas de seguridad (retribución y prevención especial y general), mediante la introducción de un sistema de triple vía, en el que se incluye a la *Justicia Restaurativa* precisamente como *tercera vía*.

Justicia Reparativa definida como un proceso en el cual la víctima, el ofensor y/o cualquier otro miembro individual o colectivo afectado por el delito participan conjuntamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito, generalmente con

la ayuda de un tercero imparcial. *Delito* ya no entendido como una mera infracción a la norma, sino visto como un *conflicto social*.

Así, en el contexto jurídico que se acaba de reseñar y en el marco de programas restaurativos, surge el instituto de la Mediación como método alternativo para solucionar los conflictos derivados de delitos juveniles, nutriéndose claramente con los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño.

A continuación, se explican diferentes puntos que se han desarrollado a lo largo del trabajo y que fundamentan esta posición:

Dimensión educativa:

A través de la Mediación, víctima y ofensor tienen la posibilidad, voluntariamente, de participar activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito a través de la ayuda de un tercero imparcial o mediador; la Mediación tiene en miras objetivos educativos que se inscriben en programas de responsabilización del joven infractor.

La aplicación de la *Mediación/Reparación*, al facilitar que el joven se enfrente directamente con las consecuencias de sus actos, adquiere un carácter primordialmente educativo tendiente a evitar que sea sometido a proceso penal y lograr así su reinserción en la familia y/o la sociedad, preparando al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión y tolerancia, que le lleve a respetar los derechos y los bienes jurídicos ajenos.

En este mismo sentido, la doctrina concluye que no se podría reintegrar a un niño sin darle la posibilidad de asumir sus responsabilidades, sentirse parte de la reparación del daño causado, de que se lo escuche y de darle la oportunidad de que llegue a un acuerdo mutuo con la víctima.

La noción de responsabilidad penal surge de la conjunción del art. 29 inc. d) de la CDN, al estipular que la educación del niño deberá estar encaminada a prepararlo para asumir una vida responsable, y del art. 40 inc.1, que indica que las soluciones que

se apliquen a las infracciones a la ley penal cometidas por jóvenes deben tender a fines educativos, en el sentido de fortalecer el respeto del niño por los derechos humanos y por las libertades fundamentales de terceros, utilizando mecanismos que promuevan la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

En este sentido, para algunos autores, la aplicación del principio del *interés superior del niño* en el proceso penal juvenil, visto como un “principio garantista”, implica que todas las decisiones que se tomen deben tener por fin primordial contribuir a la educación y al desarrollo de la personalidad de quien ha manifestado una actitud antisocial para que no vuelva a repetirlo en el futuro.

La CSJN, señaló en el fallo “maldonado” que las penas impuestas a los menores de 18 años atienden a fines de resocialización, es decir, promover a la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva para la sociedad.

Derecho a ser oído y su capacidad progresiva

Si el *interés superior del niño* implica necesariamente el reconocimiento de sus derechos, no es posible decidir a la luz de dicho interés sin permitir que el niño ejerza el que constituye el eje central de tal sistema de derechos, el derecho a expresar su opinión.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en el fallo analizado remarcó la importancia de escuchar al niño en todo proceso, ya sea directamente, por medio de representantes u órgano apropiado, en concordancia con el art. 12 de la CDN.

Por otro lado, este derecho está íntimamente vinculado con el principio de capacidad o autonomía progresiva de los niños y adolescentes, ya que la facultad de ejercer por sí sus derechos, no se encuentra atada a límites etéreos, sino a la valoración de la madurez y desarrollo del niño en cada etapa de su vida.

El ejercicio progresivo de los derechos fundamentales constituye un derecho en sí mismo, cual es el derecho a la “autodeterminación”, es decir, el derecho de los niños,

niñas y/o adolescentes a decidir autónomamente respecto de las cuestiones que lo afectan.

La CIDH dijo al respecto, que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que se deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste en la determinación de sus derechos, procurando en dicha ponderación, un mayor acceso del menor de edad al examen de su propio caso.

En este sentido, la síntesis de los principios reconocidos por la ley 26.061 y que encuentran su fuente inmediata en la CDN nos llevan a resolver el dilema planteado en función a dos ejes: la madurez del niño y la necesidad de decidir conforme con sus deseos y opiniones.

En definitiva, la mediación penal al favorece la creación de un espacio para promover la comunicación y esclarecer posiciones entre las partes involucradas, le da la oportunidad al joven de ser escuchados y tenida en cuenta su opinión.

Se ha analizado en el apartado correspondiente, que en aquellos lugares donde funciona este mecanismo, antes de que ingrese el joven al programa de mediación, se evalúa su capacidad progresiva, es decir, si puede asumir todo lo que éste importa, teniendo en cuenta tanto su edad, como su grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

Del texto de la CDN se deriva que las nociones de *responsabilidad* y *madurez* están necesariamente vinculadas.

Garantías sustantivas y procesales

Ahora bien, es importante destacar que todo proceso de Mediación Penal no puede menoscabar derechos del adolescente.

El inc. 2 del art. 40 de la CDN, en concordancia con la regla 7 de Beijing, detalla un conjunto de garantías que deberán rodear toda actuación vinculada con la conducta

desviada de índole penal en que se encuentre vinculado un niño, disponiendo que en todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas, tales como:

- la presunción de inocencia,
- el derecho a ser notificado de las acusaciones,
- el derecho a no responder, a la presencia de los padres y tutores y a confrontar e interrogar testigos,
- al asesoramiento legal y
- a apelar a una autoridad superior.

Por esta razón, estos principios fundamentales del proceso penal, deben regir en todo momento el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal.

Asimismo, todo mecanismo restaurativo no puede interferir en conductas juveniles que éticamente pueden ser reprochables, pero que no son delitos (principio de legalidad).

Además, debe recurrirse a la mediación, solamente cuando exista evidencia suficiente para acusar al menor agresor, y cuando se cuente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el agresor. Se debe llegar a acuerdos en forma voluntaria. Ni víctima ni agresor juvenil deben ser coaccionados ni inducidos por medios injustos a participar en el proceso restaurativo ni a aceptar los resultados restaurativos.

En concordancia con ello, los programas de mediación no exigen que el joven reconozca su culpabilidad, basta que no niegue haber estado en el lugar del delito, ya que la aplicación rigurosa del recaudo de que acepte su responsabilidad en el ilícito podría conllevar la violación de la presunción de inocencia, del derecho al silencio y al justo proceso.

Un presupuesto para que las medidas restaurativas sean viables es que el joven infractor haya reconocido el hecho. Por eso, ante el fiscal (en nuestro sistema legal) o

frente a la policía (en las legislaciones que así lo autorizan), se le debe hacer conocer al joven de que se le acusa, solo así puede volver sobre sus hechos y reconocerlos.

Voluntariedad y Confidencialidad, dos principios que rigen a los programas de mediación, que garantizan la no vulneración de estos derechos.

El consentimiento libre y voluntario del joven infractor al programa restaurativo es un punto que distingue realmente una medida tradicional de rehabilitación y la JR; ese consentimiento es el que permite transformar al delincuente de sujeto pasivo en sujeto activo de su sanción.

La confidencialidad impide que la información obtenida se traslade a otros ámbitos, inclusive al judicial, por lo que si la mediación fracasa en la etapa preliminar del proceso, el imputado continúa amparado por el principio de inocencia.

Se destaca, a modo de ejemplo, el art. 62 de la Ley 2302 de la provincia de Neuquén que enumera un conjunto de garantías que deberán rodear toda actuación vinculada con la conducta desviada de índole penal en que se encuentre vinculado un niño y que deben ser respetadas durante el proceso de mediación.

De la misma manera, en el proceso de mediación queda garantizado el derecho a la defensa técnica en cuanto el joven cuenta con la asistencia imprescindible de un abogado tanto para la toma de la decisión de ingresar o no al programa de mediación para obtener con la víctima una solución consensuada del conflicto, como así también en relación a los términos del acuerdo al que se arribe.

La defensa del niño y adolescente es irrenunciable y debe prestarse en forma real y efectiva.

Asimismo, los programas de mediación respetan el derecho del menor a la presencia de sus padres y tutores, en cuanto que para las entrevistas, es necesario que el joven concurra junto a sus padres, evaluando también la opinión de éstos, quienes deberán manifestar su aval al acuerdo reparativo que se arribe.

Interdisciplinariedad

La Regla 12 de Beijing exige la necesidad de impartir una formación especializada a todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de la justicia de menores de edad, formación que en entendimiento de la doctrina se traduce en “*interdisciplinarietà*” en la integración de los tribunales.

En este sentido, la CIDH subrayó que el principio de especialización contenido en la Regla 12.1 de las Reglas de Beijing se extiende a todo el personal que participa en el sistema de justicia juvenil, incluyendo el personal auxiliar de los tribunales como los peritos así como también el personal encargado de la implementación de las medidas ordenadas por los tribunales, incluyendo el personal destinado a supervisar el cumplimiento de las medidas alternativas a la privación de libertad CIDH.

Es dable resaltar al respecto, la implementación del mecanismo en Tierra del Fuego, que cuenta con equipos de mediadores conformados por abogados, psicólogos y trabajadores sociales.

Propuesta final

Ahora bien, en el estado legislativo actual argentino, es imposible no judicializar el conflicto en materia penal juvenil, siendo solo viable la implementación de mecanismos restaurativos, si se dan los requisitos del art. 4° de la Ley 22.278.

Lo cierto es que el marco legal argentino, en materia de derecho penal de menores, tiene que ser ajustado con las reformas ingresadas por el portal del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, con el propósito de tratar a los niños en conflicto con la ley penal, sin recurrir a procedimientos judiciales.

En este sentido, la nueva ley de fondo que regule el Régimen Penal de Menores en la Argentina, debería contemplar, como una solución al tratamiento de los niños en conflicto con la ley penal, un grupo de alternativas que procuren que los adolescentes no sean llevados masivamente a la jurisdicción penal.

Dentro de esa gama de alternativas de desjudicialización, se encontrarían institutos como el *principio de oportunidad reglado* y la *Mediación* en la fase inicial del proceso.

Para el caso que no fuera posible evitar la intervención judicial, apelando a los principios de *intervención mínima* y de *proporcionalidad de la pena*, la ley podría contemplar como principales un grupo variado de sanciones del tipo socioeducativas que privilegien su reintegración con su familia y/o la sociedad, y como última alternativa las sanciones privativas de libertad, ello en concordancia con la regla 18 de Beijing.

Dentro del variado catálogo de sanciones socioeducativas, se podría ubicar a la reparación, la que consistiría en la restitución o resarcimiento, por parte del adolescente, del daño causado por el delito, implementándose también a través de programas de mediación penal.

De esta manera, se habilitaría un sistema de responsabilidad penal juvenil donde los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tendrían una relevancia particular, compatible con los lineamientos que surgen de la Convención de los Derechos del Niño y demás estándares internacionales delineados.

ANEXOS

ANEXO I

Convención sobre los Derechos del Niño

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

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

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

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

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de 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.

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

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

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

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.

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

ANEXO II

Ley 26.061: De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes

Artículo 2° — APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Artículo 15. — DERECHO A LA EDUCACION. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.

Tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia. En el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento.

Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente.

Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica.

Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna.

Artículo 19. — DERECHO A LA LIBERTAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad.

Este derecho comprende:

a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos;

b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela;

c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente.

Artículo 27. — GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

ANEXO III

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE BEIJING)

5. Objetivos de la justicia de menores.

5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.⁷ Derechos de los menores

7. Derechos de los menores

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

11. Remisión de casos

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

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

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

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

12. Especialización policial

12.1 Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.

18. Pluralidad de medidas resolutorias

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

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

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

22. Necesidad de personal especializado y capacitado

22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se

procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

ANEXO IV

Ley 22.278 - Régimen Penal de la Minoridad

Art. 1.- No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. Texto conforme a la ley 22803. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Art. 2.- Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1. Texto conforme a la ley 22803. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Art. 4.- La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2 estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2) Que haya cumplido dieciocho años de edad. 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, 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. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2.

ANEXO V

Ley 2.302 – Neuquén

Derechos fundamentales en el proceso

Artículo 62: Todo niño tiene derecho a ser tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad, y a gozar de todos los derechos y garantías previstas en la Constitución nacional y en las normas contenidas en la presente Ley.

En especial y, entre otros, tendrá los siguientes derechos y garantías:

1) A ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial con competencia específica, formación especializada en la materia, independiente e imparcial.

2) A no ser juzgado sino por acciones u omisiones descriptas, como delito o contravención, en una ley anterior al hecho del proceso, que permita su conocimiento y comprensión como tales.

3) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad a través de una sentencia firme de condena, debiendo ser tratado como tal durante todo el proceso.

4) A no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser obligado a declarar contra si mismo, ni constreñido a participar activamente en actos de contenido probatorio.

5) A ser informado por la autoridad judicial, desde el comienzo del proceso u sin demora, directamente o a través de sus padres o representantes legales, de los hechos que se le atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra.

6) A nombrar abogado defensor, por sí mismo o a través de sus representantes legales, desde la existencia de una imputación en su contra, con independencia de que se haya o no dado formal iniciación al proceso. Si no hiciere uso de ese derecho, será su defensor el defensor oficial con competencia penal en la materia, haya sido o no designado y con independencia de que se le haya dado o no participación en el proceso. Sin perjuicio de ello, al defensor que corresponda debe acordársele forma intervención a partir de la imputación. El defensor deberá asistirlo durante todo el proceso y

especialmente antes de la realización de cualquier acto en el que intervenga. La defensa del niño y adolescente es irrenunciable y debe prestarse en forma real y efectiva.

7) A no declarar durante todo el proceso y a no ser llamado a tal fin por ninguna autoridad, pudiendo ser oído personalmente sólo por el juez interviniente y únicamente en caso de ser expresamente solicitado por el niño o adolescente. También tendrá derecho a presentar su descargo por escrito. El niño y adolescente podrá prestar declaración, verbal o escrita, en cualquier instante del proceso, debiendo ser ella recibida, bajo pena de nulidad, previa asistencia técnica. La autoridad policial no podrá recibir declaración al niño y adolescente en ningún caso.

8) A la igualdad procesal de las partes, pudiendo producir todas las pruebas que considere necesarias para su defensa.

9) A no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación, debiéndose respetar su vida privada en todas las etapas del procedimiento.

10) A que su situación frente a la atribución delictiva que se le formule sea decidida sin demora, en una audiencia oral y contradictoria, basada en una acusación, con plenas garantías de igualdad y de defensa.

Promoción de acción penal y archivo

Artículo 64: Para la investigación de cualquier causa será condición de validez la promoción de acción penal por parte del fiscal.

Si la denuncia se interpusiera ante la policía, ésta deberá elevar inmediatamente las actuaciones al fiscal para que decida acerca de su promoción.

Tanto si la denuncia ha sido interpuesta ante la policía como ante el fiscal, este último, sin perjuicio de la investigación que sea necesaria en cada supuesto, podrá promover la acción penal o solicitar el archivo de las actuaciones. Si el juez de Garantías se opusiere al archivo, la causa será enviada en consulta al fiscal de Cámara, quien acordará intervención a otro fiscal y ordenará el archivo definitivo. Si se le hubiera acordado intervención a otro fiscal, este último tendrá plena libertad de promover la acción penal o de insistir en el archivo. La insistencia en el archivo será irrevisable.

La solicitud de archivo tomará en consideración las circunstancias que se vinculen con la gravedad del hecho, la forma y grado de participación, la reparación del

daño causado en la medida de lo posible o el compromiso de reparación asumido por el niño o sus padres, las consecuencias del hecho, el contexto familiar y social de aquél, y el pronóstico sobre el logro de los objetivos de mantenimiento o fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

Podrá tomarse en cuenta el resultado favorable de una mediación, en virtud de la cual se haya logrado una composición del conflicto.

En todos los casos el archivo deberá fundarse en el interés superior del niño.

Plenario

Artículo 87: Durante la etapa del plenario, regirán las siguientes normas especiales:

1) Criterio fiscal vinculante. Cuando el fiscal pidiere el sobreseimiento o la irresponsabilidad penal, su petición será vinculante par la autoridad judicial. Si el fiscal solicitare la imposición de pena, el órgano judicial no podrá, en ningún caso, fijar una pena mayor a la requerida por el primero.

ANEXO VI

Ley 804 – Tierra del Fuego

Capítulo V

Trámite Especial del Proceso de Mediación en causas penales

Derivación

Artículo 24.- En aquellas causas que tramitan en el fuero penal, y que sean susceptibles de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba, la derivación podrá ser efectuada a pedido tanto del imputado como de la víctima, o cuando el agente fiscal o el juez entienda que resulte de conveniencia a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la auto composición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales. Siempre se requerirá el consentimiento del agente fiscal.

En aquellos casos que correspondan a delitos de acción privada, las partes podrán solicitar al juez la derivación al Centro de Mediación, pudiendo también este último ofrecer como alternativa al momento de convocar a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal.

Principios

Artículo 25.- El procedimiento de mediación en causas derivadas del fuero penal se regirá por los mismos principios establecidos en el artículo 2° de la presente ley y siempre necesitará el expreso consentimiento de la víctima.

Podrá asimismo contemplar algún tipo de reparación hacia la comunidad que resulte significativo para la víctima.

Reuniones

Artículo 26.- Las reuniones con las partes podrán ser privadas o conjuntas. Se realizarán en dependencias del Centro de Mediación Judicial, aunque por razones de necesidad o conveniencia podrán efectuarse en otros ámbitos destinados a tal fin.

Será obligatoria la notificación de las mismas al Defensor Particular y al Defensor Público según corresponda, en forma personal, por cédula o correo electrónico.

En los casos penales derivados de los Juzgados de Familia se convocará además a los padres o representantes de los jóvenes participantes del proceso, como así también se podrá invitar a las instituciones públicas o privadas u otros miembros de la comunidad que puedan tener interés en la resolución del conflicto.

Finalización de la Mediación

Artículo 27.- En caso de arribarse a un acuerdo en el que ambas partes encuentren satisfechos sus intereses, se labrará un acta, en la que se dejará constancia de los alcances del mismo, número de la causa que diera origen, las firmas de las partes, de los letrados patrocinantes y de los mediadores intervinientes.

No podrá dejarse constancia en la misma de manifestaciones, salvo aquellas que las partes expresamente soliciten de común acuerdo.

En caso de no arribarse a un acuerdo, se labrará el acta respectiva con copia para las partes y otra para incorporar a la causa.

Efectos

Artículo 28.- En aquellos acuerdos en que las partes hayan dado enteramente por satisfechas sus pretensiones, el juez, en los términos del Código Procesal Penal, dispondrá la desestimación de la denuncia, rechazará el requerimiento fiscal de instrucción, o dictará el sobreseimiento, según corresponda de acuerdo al estado del trámite de la causa.

Asimismo, en la etapa de juicio, el Tribunal dictará el sobreseimiento.

Para los casos en que se pacte alguna obligación para las partes y/o hacia la comunidad, lo dispuesto en el párrafo precedente quedará sujeto a que se constate su cumplimiento. En caso de comprobarse el incumplimiento de aquella en el plazo acordado, se dejará constancia de dicha circunstancia, reanudándose el trámite del proceso.

En los casos derivados al Centro de Mediación antes de que el agente fiscal formule requerimiento de instrucción y que se arribe y se cumpla un acuerdo que ponga fin a la controversia, éste se expedirá solicitando la desestimación de la denuncia.

Seguimiento

Artículo 29.- En los casos en los que se arribe a un acuerdo, el agente fiscal, el juez o el Tribunal de Juicio podrán disponer el control y seguimiento de lo pactado, pudiendo para ello solicitar colaboración a instituciones públicas y privadas. Asimismo,

en aquellos casos en los que se acuerde algún tipo de tratamiento, terapia, participación en algún programa de rehabilitación, etcétera; podrán derivar mediante oficio a las entidades públicas o privadas que presten ese servicio; pudiendo también hacerse directamente desde el Centro de Mediación.

ANEXO VII

Ley 7576-LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL de Costa Rica

ARTÍCULO 56.- Criterio de oportunidad reglado

Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la obligación de ejercer la acción penal pública en los casos en los que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de esta ley.

No obstante, podrán solicitar al Juez que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal; la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, cuando:

a) Se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.

b) El menor de edad colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la consumación o la perpetración de otros hechos, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o brinde información útil para probar la participación de otras personas.

c) El menor de edad haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave.

d) La sanción que se espera, por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la sanción ya impuesta o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones.

Si el Juez, de oficio, considera conveniente la aplicación de los anteriores criterios, deberá solicitar la opinión del Fiscal quien deberá dictaminar dentro de los tres días siguientes.

El Juez no podrá aplicar un criterio de oportunidad sin el acuerdo del Fiscal.

Capítulo II

Conciliación

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 62.- Convocatoria

Durante los diez días posteriores al establecimiento de la acusación y cuando sea posible por la existencia de la persona ofendida, el Juez Penal Juvenil citará a las partes a una audiencia de conciliación.

El Juez Penal Juvenil, en su carácter de conciliador, invitará a las partes, previamente asesoradas, a un acuerdo. Si el ofendido no tiene asesoramiento y quiere participar en la audiencia de conciliación, el Ministerio Público le asignará un asesor.

Podrá llegarse a un acuerdo de conciliación en cualquier otra etapa del proceso, en tanto no se haya decretado la resolución definitiva en primera instancia.

ARTÍCULO 63.- Otros participantes

A la audiencia podrán asistir los padres, tutores o encargados del menor de edad, lo mismo que el representante del Patronato Nacional de la Infancia.

ARTÍCULO 64.- Procedencia

La conciliación procederá en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos.

ARTÍCULO 65.- Acuerdos y acta de conciliación

Presentes las partes y los demás interesados, deberá explicárseles el objeto de la diligencia. El Juez deberá instar a las partes a conciliarse y buscar un arreglo al conflicto planteado. Luego se escucharán las propuestas del menor de edad y del ofendido.

Si se llega a un acuerdo y el Juez lo aprueba, las partes firmarán el acta de conciliación.

Pero de no haberlo, se dejará constancia de ello y se continuará con la tramitación del proceso.

En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, el plazo para su cumplimiento y el deber de informar al Juez sobre el cumplimiento de lo pactado.

El arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción, mientras su cumplimiento esté sujeto a plazo.

ARTÍCULO 66.- Incumplimiento del acuerdo de conciliación

Cuando el menor de edad incumpla, injustificadamente, las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento deberá continuar como si no hubiera existido conciliación.

ARTÍCULO 67.- Cumplimiento del acuerdo de conciliación

Cuando el menor de edad cumpla con las obligaciones pactadas en la audiencia de conciliación, el Juez dictará una resolución dando por terminado el proceso y ordenando que se archive.

Capítulo III

El proceso penal juvenil

ARTÍCULO 68.- Acción penal juvenil

La acción penal juvenil corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que esta ley y el Código Procesal Penal concedan al ofendido, tratándose de delito de acción privada y de acción pública a instancia privada.

ARTÍCULO 69.- Extinción de la acción

La acción penal se extinguirá por las siguientes razones:

- a) Sentencia firme.
- b) Sobreseimiento definitivo.
- c) Muerte del menor de edad.
- d) Prescripción.
- e) Renuncia o abandono de la causa, cuando se trate de delitos de acción privada.
- f) Conciliación, cuando se cumplan los acuerdos o diligencias que ella establece.

ARTÍCULO 80.- Conciliación

En el término de diez días de establecida la acusación, el Juez Penal Juvenil practicará la audiencia de conciliación, después de citar a las partes e interesados.

ANEXO VIII

Ley Orgánica 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES de España

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, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico 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 con la responsabilidad civil.

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.

BIBLIOGRAFÍA:

- DOCTRINA:
 - Caram, M.E., Eilbaum, D.T. y Risolía, M. (2006) – *Mediación. Diseño de una Práctica* – Buenos Aires – Histórica.
 - Carreras, S. (2002). *Mediación: Una opción a la violencia Social*. Fellini, Z (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*. (pp 89-98). Buenos Aires - Lexis Nexis.
 - D'antonio, D.H. (2001) – *Convención sobre los Derechos del Niño comentada y anotada*-Buenos Aires- Astrea.
 - Diaz Gude, A (2010). *La Experiencia de la Mediación Penal en Chile*. [versión electrónica]. *Política Criminal*. Vol. 5, Nº 9. Art. 1, pp. 1-67
 - Fellini, Z. (1996) – *Derecho Penal de Menores*. Buenos Aires – Ad-Hoc.
 - Fellini, Z. (2002). *Mediación Penal Juvenil*. Fellini, Z (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*. (pp 11-30). Buenos Aires - Lexis Nexis.
 - Fellini, Z. y Verde, C. (2003). *La Mediación-Reparación en Alemania*. [versión electrónica]. *La Trama. Revista interdisciplinaria y resolución de conflictos*. Publicación Trimestral - ISSN 1853-6832. Nº3.
 - Finochetti, M.D. (2007). *Programa de Mediación para delitos juveniles de la provincia de Neuquén*. En *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento y aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil*. (pp 90-101). Recup [www.unicef.org/argentina/.../Cuadernillo Justicia Penal Juvenil.pdf](http://www.unicef.org/argentina/.../Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf)
 - Gil Domínguez, A., Fama, M.V y Herrera M. (2007) - *Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, comentada, anotada y concordada*- Buenos Aires – Ediar.

- Guemureman, S. (2011) – *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales de Menores* – CABA – Editores del Puerto SRL.
- Highton, E.I. y Álvarez, G.S. (2004) - (2da. Edición y 2da. Reimpresión) –*Mediación para resolver conflictos* – Buenos Aires – Ad-Hoc.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2009) – *Justicia Restaurativa*- Buenos Aires- Rubinzal-Culzoni Editores.
- Lewis, M.M. (2002). Principios de Legalidad y oportunidad en la Mediación Penal. Fellini, Z (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil.* (pp 123-134). Buenos Aires - Lexis Nexis.
- Martínez, F.A. (2006) - *Derecho de Menores algunas cuestiones procesales y constitucionales*- Córdoba – Mediterránea.
- Mendoza, A.F. (2007). Programa de Mediación penal juvenil de la provincia de Entre Ríos. En *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento y aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil.* (pp 87-90). Recup [www.unicef.org/argentina/.../Cuadernillo Justicia Penal Juvenil.pdf](http://www.unicef.org/argentina/.../Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf)
- Mill, R.A. (2013) – *Mediación Penal*- Santa Fe – Rubinzal-Culzoni.
- Miño, L. (2002). La Mediación y los fines del derecho penal. Fellini, Z (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil.* (pp 47-59). Buenos Aires - Lexis Nexis.
- Mones Ruiz, A.H. (2002). Justicia Restaurativa en el ámbito del sistema penal. Fellini, Z (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil.* (pp 33-44. Buenos Aires - Lexis Nexis.
- Nieto, R. (2013). La mediación en Mendoza. De adelantados e inconclusos. [versión electrónica]. *La Trama. Revista*

- interdisciplinaria y resolución de conflictos*. Publicación Trimestral - ISSN 1853-6832. N°37.
- Nordenstahl, U. C. (2010) – *Mediación penal. De la Práctica a la Teoría* – (Segunda Edición actualizada y ampliada) – Buenos Aires – Histórica. Perrot.
 - Oberlander, C.R. (2002). Flexibilización del Principio de Legalidad. Fellini, Z. (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*. (pp 135-146). Buenos Aires - Lexis Nexis.
 - Randall Arias, S. (2003). La Conciliación Penal en Costa Rica. [versión electrónica]. *La Trama. Revista interdisciplinaria y resolución de conflictos*. Publicación Trimestral - ISSN 1853-6832. N°3.
 - Ríos, J. P. (2013). Mediación penal del niño, niña y adolescente en infracción con la ley penal y su justificación a través del Interés Superior del Niño. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, V(4), 29-40.
 - Romero, S.R. (2002). Características generales de la Mediación Penal. Fellini, Z (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*. (pp 109-122). Buenos Aires - Lexis Nexis.
 - Tiffer, C. y Llobet, J. (1999). *La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. 1ª. Ed. – San José (Costa Rica). UNICEF – ILANUD.
 - Trebisacce, M. (2002). Mediación: ¿Alternativa al derecho penal o a la pena? Fellini, Z (Ed.) - *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*. (pp 61-70). Buenos Aires - Lexis Nexis.
 - Vetere, D.A. (2013). La justicia restaurativa como un imperativo para la construcción de un sistema de justicia juvenil acorde a las obligaciones del Estado. [versión electrónica]. *La Trama. Revista*

interdisciplinaria y resolución de conflictos. Publicación Trimestral - ISSN 1853-6832. N°37.

- Vezzulla, J.C. (2005) – *La mediación de conflictos con adolescentes autores de acto infractor* – México – Mora-Cantúa Editores, S.A. de C.V.
- Yuni, J.A. y Urbano, C.A. (2006) - *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación* – (Segunda Edición) - Córdoba- Brujas.

- JURISPRUDENCIA
 - CNCont.-Falta.CABA., Sala I “González Pedro s/ infr. art. 183” (2009). <http://ar.microjuris.com> MJ-JU-M-46485-AR | MJJ46485 | MJJ46485
 - Trib.Men.Fed.N°2 “C. 3962 - L., M. y Otro s/robo, etc.” (2007). <http://www.eldial.com.ar>- AA3CB5
 - M.D.E. s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. “Incidente de Incompetencia en autos G.F:D. s/ expediente tutelar” – CNCRIM Y CORREC FED Sala I 06/12/2006 <http://www.eldial.com.ar>- AA305B y C.39520.
 - CSJN, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174C – (2005), disponible en: <http://www.eldial.com.ar>- AA305B.
 - Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013, Serie C, N° 260, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>.

- LEGISLACIÓN

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985.
- Convención Internacional sobre los Derechos Del Niño, del 20 de noviembre de 1989, aprobada por la República Argentina por ley 23.849 de 1990.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Constitución Nacional.
- Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa, del 07 de noviembre de 2009.
- Reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (reglas de Tokio)
- Ley. 22.278 -Régimen Penal de la Minoridad- del 28 de agosto de 1980 y su modificatoria N° 22.803.
- Ley 2.302 de Protección Integral del Niño y el Adolescente de Neuquén.
- Ley 804. Mediación. Tierra del Fuego AeIAS
- Ley 7576 Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica
- Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España

Mariel Jesús Zanini

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Mariel Jesús Zanini
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	24.983.838
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La Mediación Penal Juvenil y su concordancia con los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Marielzanini76@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.