

# Una mirada desde la sociología a la justicia restaurativa, y un aporte al análisis de los proyectos de ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil con tratamiento parlamentario vigente

Silvia Guemureman

**En** mi carácter de socióloga, pretendo hacer un aporte desde mi campo disciplinario. Así, encuentro en uno de los padres fundadores de la sociología, Emile Durkheim (1858-1917)<sup>1</sup> un pensamiento de gran vitalidad para pensar la cuestión de la Justicia Restaurativa desde una perspectiva sociológica.

Durkheim fue un sociólogo positivista, buscaba causas, leyes, quería que las ciencias sociales fuesen como las ciencias naturales. Si bien

era un sociólogo del orden, bien distinto de Marx (un sociólogo del conflicto) y de Weber (sociología de la dominación y del poder), prestó atención a fenómenos sociales complejos tales como la solidaridad y la cohesión sociales. Es a través de la problematización de estos fenómenos y sus distintas expresiones que llega al DERECHO RESTITUTIVO, y profundizar en sus claves nos permite observar a la justicia restaurativa desde un prisma sociológico.

---

1- *Émile Durkheim, sociólogo y pedagogo francés. Estableció formalmente la sociología como disciplina académica.*



En uno de los libros, que fue su tesis doctoral, Durkheim dio la pelea para que la sociología fuera reconocida como ciencia. Así escribió *La división del trabajo social*<sup>2</sup>, y una de sus preguntas fue: “¿Cómo puede ser que al mismo tiempo que el individuo se haga más autónomo dependa más estrechamente de la sociedad? ¿Cómo puede ser a la vez más personal y más solidario?” Y prosigue: “Estos dos movimientos, aunque se contrapongan paralelamente se persiguen”<sup>3</sup> y más adelante, afirma: “El estudio de la solidaridad depende de la sociología, es un hecho social que no se puede conocer sino por intermedio de sus efectos sociales”<sup>4</sup>. Entonces, empieza a problematizar...

¿Por qué traigo este planteo? Porque, si voy a abordar la justicia restaurativa, lo voy a hacer desde una clave sociológica. Por distintos motivos, en primer lugar, porque no es la clave que predomina en el análisis de la justicia restaurativa y, en segundo, porque aquellos que estamos en la producción de conocimiento tenemos la responsabilidad de proponer claves de lectura, y comunicarlas hace a la función social del conocimiento.

Durkheim no habló de justicia restaurativa,

pero sí de derecho restitutivo. En la actualidad, hay enormes esfuerzos conceptuales para distinguir el alcance de la *restitución* y la *restauración* artífices de la *justicia restitutiva* y la *justicia restaurativa*. Una lectura atenta al desarrollo durkheimiano nos sugiere que Durkheim no advertía ninguna diferencia<sup>5</sup>, y utilizó el concepto de derecho restitutivo derivando de la etimología de “restituir”<sup>6</sup>, el propósito reparatorio de “volver las cosas a su sitio” y de este modo, re-establecer el lazo social dañado, es decir, a partir del acto de “restitución” fortalecer la cohesión social. Es evidente que para Durkheim la restitución no implicaba una solución privada de conflictos, o una forma “privatizada” de justicia que refleja una ética de la responsabilidad individual y concibe a la víctima como un cliente de la justicia, promoviendo relaciones casi contractuales, análogas a las del mercado, como postula White (citado en O’Malley, 2006: 152-153)<sup>7</sup>, en contraste con la restauración que opera a través de procedimientos de distinto tipo que tienen como objetivo reintegrar al individuo en la colectividad, y por lo tanto, reafirmar la responsabilidad del individuo, la familia y la comunidad. Durkheim siempre puso su norte en la cohesión social, por tanto, sin incursionar en un debate conceptual, entiendo que

2- *La división del trabajo social* es una obra de Émile Durkheim publicada en 1893. En ella analiza la división y la solidaridad social.

3- “*La división del trabajo social*”, Durkheim, E. Ed. Planeta-Agostini, 1985, en adelante DTS, págs. 45-46.

4- DTS, ob. cit. pág. 78.

5- No es el propósito de este artículo zanjar en pocas líneas un debate con múltiples aristas; solo reafirmar la validez del punto de partida.

6- Restitución es un término con raíz etimológica en el latín *restitutio*. Se trata del proceso y el resultado de *restituir* (poner algo en el estado en el cual se encontraba con anterioridad, regresar una cosa a su dueño, hacer que un individuo vuelva a su sitio de origen) // “devolver algo a quien lo tenía antes”. Se compone de *res*, volver hacia atrás, y *statuere*, reintegrar, reponer, rehabilitar.

7- Al respecto, O’Malley, P. (2006) “Castigo volátil y contradictorio”, en Riesgo, neoliberalismo y justicia penal, Buenos Aires, Ad-Hoc.

las reflexiones del autor tienen sobrado alcance para iluminar los actuales debates sobre justicia restaurativa<sup>8</sup>.

En el contexto de la sociedad post Comuna de París en 1870, esa experiencia fallida de *asalto al cielo* en la cual el “orden social” había estallado y proliferaban los nostálgicos del orden, él se preguntaba: ¿Cuál puede ser el factor de cohesión social acorde a una sociedad industrial (“sociedad moderna”)? Tenía una hipótesis fuerte: en las sociedades antiguas, en las sociedades primitivas, había una solidaridad social que se producía por semejanzas. Él explica que la cohesión social, el lazo social, acontecía porque éramos bastante semejantes; entonces justamente porque éramos bastante parecidos lo distinto generaba mucho rechazo. Así se generaba una solidaridad por semejanzas y una cohesión social de tipo mecánico. En las sociedades primitivas la solidaridad era mecánica. En las sociedades modernas: ¿Cuál es el factor de aglutinación? ¿Cómo se producía la cohesión social cuando todo se ha diversificado? Durkheim encuentra una cohesión social derivada de la división social del trabajo; esto es una solidaridad social que ya no es mecánica sino orgánica; no se produce por semejanzas, sino por diferencias (DTS, págs. 74-75).

Entonces, tratando de buscar estas explicaciones sobre la cuestión de la solidaridad social,

lo que dice es que hay que buscar un hecho externo que la simbolice ya que es necesario determinar en qué medida la solidaridad contribuye a la creación de la cohesión social, pues entonces sabremos hasta qué punto es necesaria; si es un factor esencial de la cohesión social o si es una cuestión accesoria y secundaria. Según Durkheim es preciso comparar el lazo social con los otros, a fin de comparar la parte que le corresponde en el efecto total. Dice que hay que calificar las distintas solidaridades sociales, principalmente sabiendo que es un fenómeno esencialmente moral que por sí mismo no se presta a una investigación exacta, sobre todo al cálculo. “Para proceder tanto a esta clasificación como a esta comparación es preciso sustituir el hecho interno -que se nos escapa- con un hecho externo que lo simbolice y estudiar el primero a partir del segundo. Este símbolo visible es el derecho. En efecto allí donde la solidaridad social existe, a pesar de su carácter inmaterial no permanece en estado de pura potencia, sino que manifiesta su presencia mediante efectos sensibles. Allí donde es fuerte, inclina fuertemente a los hombres unos hacia otros (...)”<sup>9</sup>. De este razonamiento, deriva la correlación que Durkheim establece entre los tipos de solidaridad social y los tipos de derecho. Entonces va a decir que en las sociedades de la solidaridad mecánica predomina el derecho de carácter represivo y cuando las sociedades avanzan y se diversifican lo que

---

8- Etimológicamente, la palabra “restauración” viene del latín *restauratio* y significa “acción y efecto de reparar, renovar o recuperar”. Sinónimos de “restaurar”: reparar, restituir; restablecer, renovar, recomponer; arreglar. Desde una perspectiva de sociología política, el concepto de “restauración” tiene reminiscencias conservadoras.

9- Ob. cit. Pág. 74-77.



avanza es un derecho del tipo restitutivo. Crece la necesidad de regular las relaciones y no prever sanciones, es decir, establecer los pisos de determinadas cosas que hacen a cómo nos comportamos y qué expectativas tenemos del comportamiento en sociedad. Esta evolución se objetiva en el volumen de los códigos: disminuye el código penal y se incrementa el código civil. "(...) la preponderancia del derecho represivo sobre el derecho cooperativo deberá ser tanto más grande cuanto más pronunciado es el tipo colectivo y más rudimentaria la división del trabajo. A la inversa, a medida que los tipos individuales se desenvuelven y que las tareas se especializan, la proporción entre la extensión de esos dos derechos debe tender a invertirse. Ahora bien, la realidad de esa relación puede demostrarse experimentalmente". (DTS, pág. 157)

En este punto Durkheim expresa que "para proceder metódicamente precisamos encontrar alguna característica que aun siendo esencial a los fenómenos jurídicos sea susceptible de variar cuando ellos varían. Todo precepto jurídico puede percibirse como una regla de conducta sancionada, no obstante, es evidente que la sanción cambia dependiendo de la gravedad atribuida a los preceptos, el lugar que ocupan en la conciencia pública, el lugar que desempeñan en la sociedad. Entonces, conviene pues clasificar las normas jurídicas según las sanciones que a ellas van unidas". Las sanciones, para

este autor, son de dos clases. "Unas consisten en un dolor, o cuando menos en una disminución que se le ocasiona al agente; tienen por objeto perjudicarla en su fortuna, en su honor, en su vida, o en su libertad, privarlo de una cosa que disfruta. Son represivas, **tal es el caso del derecho penal (...)**, no se aplican sino mediante un órgano definido, están organizadas. En cuanto a las de la otra clase no implican necesariamente un sufrimiento al agente, sino que consisten tan sólo en poner las cosas en su sitio, **en el restablecimiento de las relaciones perturbadas bajo su forma normal**, bien volviendo por la fuerza al acto incriminado a la persona que se había desviado, o bien anulándola, es decir, privándola de todo valor social. **Se deben agrupar pues las sanciones según las reglas jurídicas que les correspondan, y así tenemos las sanciones represivas organizadas o solamente las sanciones restitutivas". (DTS: 80-81).**

Y acá nos invita a entrar en la distinción entre la justicia retributiva -que es lo que propone el derecho penal- y la justicia restaurativa -que tiene que ver con lo restitutivo que propone el derecho civil y está en la base de todos los modos alternativos de resolución de conflictos. Luego, comienza a hacer todo un desarrollo sobre el crimen y *esa reacción pasional de intensidad graduada, eso que denominamos pena, que hiere los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva*, que lesiona la cohesión



social. Porque Durkheim, a pesar de parecer un conservador, fue un pionero de la prevención positiva, y en destacar el papel de la sanción al servicio del refuerzo del valor de la norma. Porque él decía que “la verdadera función de la pena, la verdadera función del castigo no es una función tan mediocre como la de corregir al culpable (prevención especial) o espantar a los posibles imitadores (prevención general) <sino> mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad, la conciencia común”. Esta idea es muy interesante porque invita a pensar al castigo desde otra dimensión, desde una perspectiva positiva que no apunta a actuar sobre las malas conciencias, sino sobre las buenas. Foucault, que vino mucho después, decía –en esta línea de argumentos- que hay que mirar al castigo como una función social compleja y pensar al poder desde una posición positiva, desde lo que produce, no desde lo que reprime (Foucault, 1976)<sup>10</sup>. Para Durkheim, la naturaleza misma de la sanción retributiva basta para mostrar que la función de esta sanción es muy diferente a la sanción penal. “La naturaleza misma de la sanción retributiva basta para mostrar que la solidaridad social a que corresponde ese derecho es de especie muy diferente. Distingue a esta sanción el no ser expiatoria, el reducirse a un simple volver las cosas a su estado. No se impone, a quien ha violado el derecho o a quien lo ha desconocido, un sufrimiento proporcionado al perjuicio;

se le condena, simplemente, a someterse” (DTS, pág. 131).

Para continuar, voy a tomar un estudio que realizó Florencia Graziano<sup>11</sup>. Ella comparó las variables clásicas del control de la criminalidad (concepción del delito, del crimen, foco de la justicia, infractor, víctima, compromiso del infractor y pena) según se aborde desde un modelo de justicia retributiva o un modelo de la justicia restaurativa. Presento la síntesis en modo de tabla.



10- Cf. Foucault, M. (1976) *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Méjico. Editorial Siglo XXI

11- Doctora de la Universidad de Buenos Aires con mención en Antropología. Licenciada en Sociología. Investigadora del Conicet. Tema: “Sensibilidades legales y valores locales: la mediación penal juvenil y sus formas de interpretación e implementación en dos localidades del conurbano bonaerense”.

	<b>Justicia retributiva</b>	<b>Justicia restaurativa</b>
<b>Delito</b>	Categoría jurídica, violación de la ley, acto lesivo al Estado.	Conflicto Acto lesivo a personas y comunidades
<b>Crimen</b>	Acto individual con responsabilidad individualizada	Acto con dimensiones individuales y sociales de responsabilidad
<b>Control de la criminalidad</b>	Función principal del sistema de justicia penal	Una obligación de la comunidad
<b>Foco de la justicia</b>	Establecer culpa por eventos pasados (si cometió el crimen o no) El control de la criminalidad es la función principal del sistema penal	Solución de problemas, determinación de responsabilidades y obligaciones en el presente y en el futuro (que es necesario hacer)
<b>Infractor</b>	Definido por sus defectos y carencias	Definido por su capacidad de restaurar el daño ocasionado Denunciado
<b>Víctima</b>	Elemento marginal en el proceso judicial	Elemento central en el desarrollo del proceso y en la solución de los problemas creados por el crimen Denunciante
<b>Compromiso del infractor</b>	Cumplir pena o pagar multa	Asumir responsabilidad y reparar el mal hecho
<b>Pena</b>	Amenaza de punición logra prevenir el crimen y punición cambia el comportamiento del infractor	Punición per se no es suficiente para cambiar comportamiento Resocializar al infractor

Fuente: GRAZIANO, Florencia: 2017. *Capacitación Justicia Restaurativa: conceptos, herramientas y experiencias*. Programa Nacional Ciencia y Justicia. Dirección de Vinculación Tecnológica. CONICET.

La función atribuida a la pena en la justicia restaurativa es la responsabilización por el acto, que algunos llaman “procesos de responsabilización subjetiva”, cuya función es más importante que la sanción y para cuyo logro hace falta un trabajo de acompañamiento.

En 2008 desde el Observatorio de Adolescentes y jóvenes fuimos convocados por UNICEF para realizar un relevamiento sobre justicia restaurativa en el país<sup>12</sup>. Visitamos diferentes provincias y nadie sabía nada de lo que era la justicia restaurativa<sup>13</sup>. Lo único de lo que podían contarnos que más se acercaba al tema eran las medidas alternativas a la privación de la libertad; de justicia restaurativa nadie sabía nada. Porque la justicia restaurativa “aterizó” hace 4 o 5 años en el país como tema de agenda. Vale entonces reponer algunas definiciones como condición para reflexionar sobre lo novedoso de la justicia restaurativa.

### **¿Qué propone la Justicia Restaurativa? Concepciones y tradiciones de la Justicia Restaurativa (muy breve).**

Howar Zehr (2010, p. 45) define la justicia restaurativa del siguiente modo: “La justicia res-

taurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa en particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”<sup>14</sup>.

Zehr (2005, p. 172)<sup>15</sup> entiende que el derecho penal debe cambiar el enfoque desde el cual aborda el conflicto, dejando de lado la justicia retributiva y dando paso a la justicia restaurativa.

Tal como acertadamente señala López (2019a)<sup>16</sup>, el discurso restaurativo representa un tipo de respuesta institucionalizada frente al autor de un delito, la víctima y, en definitiva, la comunidad, que pretende desmarcarse del discurso “víctimas-victimarios” que propone el relato tradicional de la justicia y que implica una visión excesivamente encorsetada que afecta a la eficiencia de la respuesta frente al daño producido (Calvo Soler, 2018)<sup>17</sup>. Por ello, prosigue López, “si lo que se pretende reflexionar y diseñar estrategias vinculadas a la idea de reconocimiento, responsabilización y repa-

12- Observatorio de Adolescentes y Jóvenes (2009) “Experiencias de Justicia Penal Juvenil No Privativas de la Libertad”. Ana López realizó una presentación en el Seminario Internacional Avances y desafíos de un sistema penal juvenil en construcción organizado por la Defensoría General de la Nación con la cooperación de Unicef en 2010. Al respecto, cf. Mesa debate: “Mecanismos de justicia restaurativa en los nuevos sistemas penales juveniles” (pág.77-88), disponible en [http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/113/2016/06/Guemureman.-2010.-Sennaf\\_Unicef.pdf](http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/113/2016/06/Guemureman.-2010.-Sennaf_Unicef.pdf)

13- El relevamiento se hizo en Ciudad de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Santa Fe, Mendoza, Río Negro, Córdoba y Tucumán.

14- Esta definición puede leerse en Zehr, H. (2010), *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa*. Estados Unidos de América: Good Books. Disponible en: [https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el\\_pequeno\\_libro\\_de\\_las\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf)

15- Al respecto, véase Zehr, H. (2005). *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el Crimen y la Justicia Justice*. Virginia, Estados Unidos de América: Herald Press.

16- López, Gonzalo (2019) “La justicia restaurativa y los métodos de resolución del conflicto en la Justicia Penal Juvenil del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” Plan de Tesis aprobado en la Maestría de la Magistratura - Universidad de Buenos Aires.

17- Calvo Soler, R. (2018). *Justicia juvenil y prácticas restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*. Barcelona, España: NED Ediciones.

ración (fundamentales al momento de pensar en la justicia restaurativa como modo de abordaje), es imprescindible abrir el enfoque de esa intervención <y esto se logra> con la introducción de la noción de **prácticas restaurativas**, las que implican trascender al espacio propio del discurso jurídico-judicial”.

Calvo Soler (2018) afirma que la referencia a las prácticas busca acceder a una visión social, comunitaria y sistémica de la acción frente al joven en conflicto con la ley penal en su entorno. Esta ampliación del marco de referencia viene acompañada a su vez de una expansión tanto de las metodologías como de las estrategias restaurativas que se ponen en funcionamiento, tal como queda de manifiesto en la variedad de experiencias implementadas a lo largo y a lo ancho del país<sup>18</sup>.

El Comité Económico y Social Europeo en su dictamen sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea” (2006/C 110/13) ha dado su propia definición de justicia restaurativa: “La justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, al imputado y a la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación

entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectiva.” (Punto 4.3).

Según Aída Kemelmajer (2004), “se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: *responsibility, restoration and reintegration* (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito” (2004: 273)<sup>19</sup>. La expectativa de la justicia restaurativa en la potencial transformación de la víctima de cara al futuro impone que al autor reconozca los hechos, reflexione, se arrepienta, de allí su inherente moralismo.

Tal como afirma Graziano (2017), recuperando a Van Ness (2010), la principal “novedad” que trae la justicia restaurativa a diferencia de la justicia retributiva convencional es que el crimen es visto como un daño al lazo social más que como un quiebre de la ley; por lo tanto,

18- Al respecto, es sumamente interesante la Comunicación presentada el pasado 30 de agosto de 2019 por Graziano, F. en el I Congreso Latinoamericano de Justicia Restaurativa, realizado en Rosario: “Justicia restaurativa y medidas alternativas al proceso penal en la Argentina. Transformaciones y disputas en la justicia penal para adolescentes”.  
19- Cf. Kemelmajer de Carlucci (2004). *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.

debe ser reparado en el seno de lo social, mediante un encuentro directo o indirecto entre las partes<sup>20</sup>.

Dicho esto estamos en condiciones de mirar qué propone el proyecto sobre **Sistema de Responsabilidad penal juvenil** (0001-PE-2019), elaborado por la "COMISIÓN REDACTORA PARA UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL", creada dentro de la órbita de la SUBSECRETARÍA DE JUSTICIA Y POLÍTICA CRIMINAL dependiente de la SECRETARÍA DE JUSTICIA del Ministerio de Justicia, junto a la "COMISIÓN DE TRABAJO PARA UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL"<sup>21</sup> y el "Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos", elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación<sup>22</sup>.

**¿Qué proponen, con relación a la Justicia Restaurativa, los proyectos sobre RPJ con TP vigente? Caso testigo: Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo. (001-PE-2019).**

Todos los proyectos de ley con trámite parlamentario prevén MEDIDAS NO TRADICIONALES a la pena, denominen a estas genéricamente *sanciones socioeducativas, sanciones disciplinarias, medidas socioeducativas, instrucciones judiciales, o medidas disciplinarias*. Asimismo,

los proyectos de ley en danza se expiden por MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y/O ACCIONES RESTAURATIVAS. Dentro de éstas, las mayormente mencionadas son la "extinción de la acción por remisión", la "mediación", "conciliación", "reparación o medidas equivalentes"<sup>23</sup>.

El proyecto oficial en el Mensaje de Elevación al Congreso de la Nación expresa que el Sistema de RPJ propuesto "comprenderá un abordaje integral, interdisciplinario y restaurativo" (art. 5).

Así, precisa: "El proyecto de ley recepta el contenido de la DECLARACIÓN IBEROAMERICANA SOBRE JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA aprobada en el seno de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), y el COMUNICADO ESPECIAL SOBRE EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO Y LA JUSTICIA ratificado en la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos, donde se acordó la necesidad de abordar la reforma al sistema de responsabilidad penal juvenil desde un enfoque restaurativo, en tanto que ello implica una forma de recomposición de la armonía social vulnerada por el hecho ilícito, mediante la participación del adolescente en conflicto con la ley penal, las víctimas y la

20- VAN NESS, Daniel, 2010, "Restorative Justice as World View", in Seminar Two: International perspectives on RA, presented at the ESRC Funded Seminar Series: Restorative Approaches to Conflict in Schools, Cambridge.

21- Resolución N°RESOL-2017-21-APN-MJ del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, fechada el 12 de enero de 2017.

22- Resolución 813/2018, emitida el 19-09-2018 y publicada el 21-09-2018.

23- Sobre el particular, expuse en el Primer Encuentro CICLO DE ENCUENTROS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL, organizado por el PROGRAMA DE POSGRADO DE ACTUALIZACIÓN EN NEGOCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Directora: Dra. Gladys Álvarez; Sub Directora: Ab. Silvana Greco. El encuentro tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la UBA el 21 de marzo de 2019.

comunidad afectada, en búsqueda de lograr la inserción social y prevenir la reincidencia delictiva.”

Los acuerdos restaurativos aparecen diferenciados de la mediación. Así se prevé lo siguiente: “En cualquier etapa del proceso con anterioridad al dictado de la sentencia, la víctima, el adolescente imputado, la dependencia estatal o la comunidad afectada, podrán proponer al juez y al fiscal instancias de diálogo grupales, con el objeto de solucionar la controversia motivo del delito denunciado y lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas. El consentimiento de la víctima será condición necesaria para la procedencia del acuerdo restaurativo.”

Dado que las definiciones de “MEDIACIÓN PENAL JUVENIL” y de “ACUERDOS RESTAURATIVOS” no se encuentra en el proyecto elevado, hay que rastrearlas en el “Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos”, elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación<sup>24</sup>.

### **¿Qué propone el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación? Breve esbozo sinóptico<sup>25</sup>.**

“Se entiende por mediación penal juvenil una solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo en el marco de la cual víctima y autor del delito, con la participación de un facilitador/mediador capacitado, se implican en la búsqueda de soluciones en el conflicto que los enfrenta como consecuencia del hecho delictivo, devolviendo el protagonismo a las partes para que sean ellos quienes decidan la forma en que quieren reparar y ser reparados. Se contrapone a la Justicia Retributiva y sus características o principios más importantes son: participación de todos los implicados con especial espacio a la comunidad, reparación o compensación, responsabilidad subjetiva, reconciliación (o encuentro).” (Resolución 813/2018).

Respecto de los acuerdos restaurativos, en dicho protocolo se contempla la posibilidad “que, en cualquier etapa del proceso con anterioridad al dictado de la sentencia, la víctima, el adolescente imputado y la dependencia estatal o la comunidad afectada podrán proponer al juez y al fiscal instancias de diálogo grupales, con el objeto de solucionar la controversia motivo del delito denunciado y lograr un acuerdo

24- Resolución 813/2018, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

25- Para este apartado me valgo de la comunicación presentada en las XIII Jornadas de Sociología por Gonzalo LÓPEZ en la Mesa 52: “Sistema penal y derechos humanos: El alcance de la justicia juvenil restaurativa en el proyecto de ley sobre el Régimen de Responsabilidad Penal Juvenil. Buenos Aires, 26 al 30 de agosto de 2019.

que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas.”

Cabe mencionar, finalmente, que el anteproyecto menciona que la acción penal respecto de los adolescentes se extinguirá por el cumplimiento de los acuerdos celebrados en el marco de una mediación, conciliación o acuerdos restaurativos (art. 16, inc. “e”).

### **Conclusiones. La desconfianza del sociólogo y la necesaria vigilancia epistemológica**

Los sociólogos somos desconfiados, y pesimistas, por naturaleza, si bien hablar de naturaleza es una contradicción con relación al mantra que solemos “rezar” los sociólogos, esa que asevera que lo “natural”, también es una “construcción social”, y aquellos que encontramos como “dado”, en realidad es “constructo”. Y no la pifiamos en eso, si bien no es tema de esta alocución. Aquello que sí constituye tema, y vaya tema, es la desconfianza del sociólogo al discurso del poder, receptando la sabia advertencia del también sociólogo Howard Becker aquel sociólogo liberal americano quien lo explicara de un modo tan contundente, “dudar de todo lo que nos diga quien está en el poder. Las instituciones siempre muestran su cara más atractiva al público. Quienes las dirigen al ser responsables por sus actividades y reputa-

ciones, siempre mienten un poco: ocultan las asperezas, ocultan problemas e incluso los niegan”. (Becker, 2011:197)<sup>26</sup>

Entonces, los sociólogos somos desconfiados y lo somos en virtud de observar la realidad, que es terca y, por cierto, bastante poco interesante. Me viene a la cabeza aquel magistral diálogo mantenido por Lonrot con Trevinarus en “La muerte y la brújula”, ese genial cuento del genial Borges<sup>27</sup>. En dicho diálogo, Lönnrot asevera:“(…) la realidad no tiene la menor obligación de ser interesante. Yo le replicaré que la realidad puede prescindir de esa obligación. Pero no las hipótesis (...)”.

Veamos pues a la realidad: 52% de niñas, niños y adolescentes bajo la línea de pobreza según la inefable, aunque no siempre infalible información oficial, en el primer semestre<sup>28</sup>; la aporofobia, que tal como supo reponer Arnanz Villata (2019)<sup>29</sup>, implica el rechazo y la aversión del pobre por el simple hecho de serlo, atribuyendo un estigma a la pobreza y una asimilación peligrosa con otros atributos negativos. El estereotipo del “joven-varón-pobre-delincente” (Daroqui-Guemureman, 1999; 2001, entre otros) se inscribe en esa dirección. Esta realidad deja fuera de discusión cualquier debate en términos instrumentales. Game over, para simplificar. Añade preocupación que se

26- Cf. Becker, H: *Trucos del oficio. Como conducir su investigación en ciencias sociales*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011

27- Borges, FICCCIONES. Editorial Emecé, 1957. <Primera Edición 1944>

28- Según el informe de pobreza correspondiente al primer semestre de 2019, eran pobres el 52% de los niños y adolescentes de 0 a 14 años. Los de 15 a 18 están comprendidos en el intervalo de 15 a 29. Cf. [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph\\_pobreza\\_01\\_19422F5FC20A.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_01_19422F5FC20A.pdf) Cuadro 3.2

29- En su intervención en el Panel sobre “Juventudes en disputa: modos alternativos de abordar los conflictos”, el Dr. Enrique Arnanz Villata, del Centro de Estudios en Justicia Juvenil Restaurativa de la Universidad de Ginebra, empleó el término de “aporofobia”, atribuyendo la rúbrica a Adela Cortina. Al respecto, Cf. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.



hayan dictado sentencias a prisión perpetua por las que el país ha sido condenado y en los últimos años han proliferado una cantidad de sentencias que he dado en llamar “sentencias excesivas” (Guemureman, 2019 b)<sup>30</sup>. En 2005, tuvimos el Fallo Maldonado que establecía como regla la reducción de la pena. En 2013 la Corte Internacional de Derechos Humanos condenó al Estado Argentino por la aplicación de sentencias de prisión perpetuas dictadas sobre jóvenes que cometieron delitos siendo menores de edad. No obstante esta sanción se han vuelto a dictar penas de prisión perpetuas, como las que pronunció el tribunal de Corrientes. En la Ciudad de Buenos Aires se ha recurrido -sin éxito- una condena de 34 años. En la provincia de Buenos Aires el tribunal de San Isidro aún está en apelación una sentencia de 27 años, habiendo quedado firme otra por el mismo monto, y otra de 25 años. En la Ciudad de Buenos Aires, se ha apelado una de 18 años. Si necesitamos un parámetro de lo que serían sentencias excesivas, sin duda son más de 15 años. En toda Latinoamérica y el Caribe los únicos dos países que no modificaron la ley son Argentina y Cuba. Los únicos países con la edad de punibilidad en 16 años son Argentina y Cuba. Son también los dos países con penas

indeterminadas. En los otros países la pena máxima es de 15 años<sup>31</sup>. Lo que quiere decir que cualquier pibe, en cualquier país de Latinoamérica tendría 15 años de pena máxima y acá se puede “ligar” una perpetua y con el proyecto Garavano<sup>32</sup> hasta casi 49 años y medio.

Pasemos entonces a las hipótesis. Uno de los principales problemas de la justicia restaurativa es su innegable moralismo. Para aquellos juristas que desde el derecho penal vienen abogando hace ya varios siglos con la necesidad de despegar el derecho de la moral, y que en su versión radicalizada se conocen como garantistas, adeptos al derecho penal mínimo, minimalistas<sup>33</sup>, la justicia restaurativa propuesta “además de” y no “en vez” la justicia penal ordinaria, constituye cuanto menos un interrogante<sup>34</sup>.

Estos inconvenientes no agotan la lista. También cotiza alto entre los problemas –y las desconfianzas- el contexto en que la justicia restaurativa se hace tenazmente un lugar en nuestro país. Y aquí, viene bien recordar que se trata de un contexto en que se ha profundizado el punitivismo legislativo, policial (o de las fuerzas de seguridad en general), judicial y

30- En particular, *Punitivismo judicial y dictado de sentencias por parte de los jueces de menores en Argentina*, enviado a *Revista Nuestra América*, julio 2019 (en evaluación).

31- Al respecto, cf. Guemureman, Silvia y Eugenia Bianchi (2019): “Responsabilidad penal juvenil, riesgo y peligrosidad. Dicotomías e hibridaciones desde el análisis de Argentina, de cara a América Latina”. Capítulo enviado a “*Infancias, juventudes y desigualdades: experiencias, procesos y espacios*” Libro del Eje de Desigualdades del Grupo de Infancia y Juventudes de CLACSO, compilado por Liliana Mayer, María Isabel Domínguez y Cándida Chévez. Ediciones CLACSO. En prensa.

32- Germán Carlos Garavano fue Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina desde el 10 de diciembre de 2015 al 10 de diciembre de 2019.

33- Zaffaroni, E. para citar un referente local, pero valga Ferrajoli (1986), Luigi, Baratta Alessandro (1986), como ejemplos más que reconocidos internacionalmente.

34- Arrojó luz sobre el particular, la extraordinaria exposición pronunciada en el último panel del Seminario por la Dra. Mary Be-loff. Al respecto, “¿Cómo acompaña una sociedad justa a las y los adolescentes que vulneran la ley penal?”. Allí inscribió el origen anglosajón de la justicia restaurativa en la solución pergeñada para solucionar los altos costos de la justicia penal adversarial, y el logro de paz social con menores costos.

penitenciario (Daroqui-Guemureman, 2019)<sup>35</sup>. No es un detalle menor, recordar que muchas de estas iniciativas proceden de Plataforma 2020, el espacio creado en el Ministerio de Justicia bajo la regencia del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Germán Garavano. Valga como ejemplos dos “botones” que se dan de patadas con la Justicia Restaurativa y el programa de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de conflictos de ese Ministerio:

1) el inciso 4° y subsiguientes del artículo 34° del Proyecto de reforma del Código Penal<sup>36</sup>: 4°: No será punible el que obrare en cumplimiento de un deber o con el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. El miembro de alguna fuerza de seguridad pública, policial o penitenciario que en el cumplimiento de su deber y en uso de armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte, para impedir o repeler la comisión de un delito o capturar a su autor” Y más irritantes los incisos que siguen: 5°) El que obrare en virtud de obediencia debida; 6°) El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurriesen las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

7°) El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurriesen las circunstancias a) y b) del inciso 6° y, en caso de que hubiese precedido provocación suficiente por parte del agredido, de la que no hubiese participado el tercero defensor.

2) En simultáneo a que se deslinda de reproche al funcionario o efectivo de la fuerza de seguridad de que se trate que en cumplimiento de su deber cause lesiones o muertes, el mismo ministro artífice del funcionamiento de la Comisión del que el proyecto es un resultante tangible, “interviene” en el **Sistema de Responsabilidad penal juvenil**, otro de los proyectos elaborados por la “COMISIÓN REDACTORA PARA UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL”<sup>37</sup>. Dicho proyecto, que en su versión original preveía la fijación de la edad de punibilidad en 14 años, aunque los topes de pena máximo eran igualmente elevados<sup>38</sup>.

3) Suenan cuanto menos provocador hacia quienes hemos participado de buena fe en las reuniones convocadas por el Ministerio de Justicia a los efectos de activar el proceso de reforma, que se nos imponga la baja de edad esgrimido que fue parte de los consensos arribados. Más ofensivo resulta aún que a través de la maniobra torpemente distractiva de subir la edad

35- Con Alcira Daroqui recientemente elaboramos una definición instrumental y operativa de punitivismo: “Entendemos por punitivismo toda práctica del estado ejercida por los diferentes eslabones de la cadena punitiva (legislativo; policial-fuerzas de seguridad; judicial y carcelario) que se orienta selectiva y discrecionalmente a un ejercicio arbitrario en clave de control, vigilancia, sujeción y castigo sobre determinadas poblaciones”. PROYECTO UBACYT 2020-2022 “El avance del estado penal: es despliegue del poder punitivo en el gobierno de la pobreza”.

36- Proyecto Código Penal de la Nación Argentina. 1era edición, libro digital, 2019. Editado por SAIJ de la Dirección Nacional de Sistema Argentino de Información Jurídica- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. TÍTULO VI IMPUTABILIDAD

37- Véase nota 21 ut supra.

38- Para los de 14 años, un topes de 10 años para delitos gravísimos; para los de 15, 15 y para los de 16 y 17, solo se exceptúa de aplicación la prisión perpetua.



de punibilidad de 14 a 15 años, se contrabandee el espíritu irrefutablemente punitivo del proyecto elevado al Congreso (0001-PE-2019) que eleva los topes máximos de pena a casi 50 años; excepto la prisión perpetua, permite todo, legitimando las “condenas excesivas” que ya se pronuncian de hecho.

4) Así las cosas, programas como el Mediación y Métodos Participativos, aparecen como una pantalla de mala calidad que no alcanza para cubrir el desatino del punitivismo desaforado.

Para finalizar:

¿Si tan loables son los acuerdos restaurativos y las instancias de mediación y conciliación entre pares, porque no se aboga para que formen parte de las leyes de promoción y protección de derechos?

¿Por qué motivo se insiste en “colgar” las bondades al sistema penal que tal como hace muchos años dijera Nils Christie es una “máquina de administrar dolor”?

Comparto estas reflexiones...

