

LO DICHO, LO NO DICHO, LO HECHO Y LO NO HECHO: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Juan Facundo HERNÁNDEZ ¹

I. Introducción

La premisa para el presente artículo es *“una propuesta interpretativa del art. 39. Es decir, escribir cuál es la mejor forma de entender ese artículo”* *“una reinterpretación igualitaria de la constitución de la CABA”*.

La tentación de enumerar el catálogo de vulneraciones de derecho de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) es muy grande ², pero nos vamos a circunscribir al desempeño de tres aspectos centrales, dos de los cuales dan cuenta de que los derechos de NNyA no fueron la prioridad señalada por la CCABA. Uno tiene como responsable al Poder Ejecutivo y otro al Poder Judicial. El tercer aspecto, que corresponde al campo de intervención jurídico-penal, paradójicamente no enunciado por la CCABA, merece ser resaltado e incorporado al texto constitucional, que no abunda sobre la cuestión penal en todo su articulado.

Por lo tanto el desempeño del artículo 39 será estudiado a través de las siguientes tres dimensiones.

-Una dimensión institucional referida a *“la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas”*.

-El derecho a la convivencia familiar y comunitaria respecto a la omisión de actuación del fuero CAyT en esta materia. Nos referimos a la cláusula constitucional que señala *“La responsabilidad de la*

1 Miembro fundador del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia. Secretario en Dirección de Niñez del MPD de la Ciudad de Buenos Aires.

2 Para tener un panorama actualizado sugerimos revisar los informes “sombra” o no gubernamentales que se presentaron ante el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas y las recomendaciones de dicho Comité, en función del procedimiento previsto en el artículo 44 de la CDN.

Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización”.

-Una dimensión no mencionada en la CCABA, subsanada legislativamente, y que resulta un aspecto positivo a resaltar respecto a una innovadora práctica en relación a la justicia restaurativa, gracias a la mejor ley procesal penal juvenil que rige en el país, la ley 2451, Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA.

Para entender el contenido del artículo 39 debemos trasladarnos a la discusión de época cuando se buscaba derogar las llamadas leyes de patronato a través de un importante proceso de movilización social, “como lo destacan los proponentes del constitucionalismo democrático, el proceso de cambio ocurre también en la movilización social, que sólo a veces, y aunque no siempre de forma inmediata, logra permear las instituciones ...los teóricos mencionados más arriba suelen reconocer el papel que desempeñan los movimientos sociales a la hora de foguear o acompañar el cambio constitucional”³. Así la convencional constituyente Fernández Meijide lo señalaba con claridad: “Resta aún mucho por hacer en la adecuación de nuestra normativa nacional a la Convención, pero la redacción de esta Constitución para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una adecuada oportunidad para instalar la promoción y defensa de los derechos y garantías de los chicos establecidos en la Convención y demás tratados internacionales, y para sentar las bases de las políticas y leyes a implementarse en la Ciudad”⁴. Mas precisa aun fue la convencional Chiernajowsky: “Esos niños pasan directamente a la órbita del Poder Judicial y un juez puede disponer de ellos y enviarlos a un instituto. En este proyecto de texto estamos promoviendo la no institucionalización. Lo que queremos decir en este último artículo es que se tenderá a la desjudicialización de estas causas asistenciales, y que este organismo atenderá la situación de esos niños de manera prioritaria,

3 BERGALLO, Paola, “Cambio constitucional, reproducción y derechos” en GARGARELLA, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 63.

4 Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*; prólogo de FERNÁNDEZ MEIJIDE, Graciela; compilado por PERÍCOLA, María Alejandra, Jusbairens, Buenos Aires, 2016, p. 460, 1ª ed.

evitando una intervención judicial”⁵. La intención estaba puesta en disputar con la Justicia de menores⁶ la intervención de los NNyA con derechos vulnerados y atrapados por el sistema tutelar cuyo destino inexorable era la institucionalización. La prioridad estuvo puesta en contrarestar la ley de Patronato 10.903, aún vigente en esa época, fortaleciendo una política pública local en materia de protección y promoción de derechos, y aún se veía muy lejana la discusión de la reforma del decreto ley 22.278 en material penal, que se mantiene hasta nuestros días⁷.

II. La dimensión institucional

En este punto la Constitución de la CABA se refería a lo que más tarde fue el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes previsto en los artículos 45 y subsiguientes de la ley 114. El diseño institucional de dicho organismo debería enorgullecer a los ciudadanos de la CABA, en tanto fue el pionero de otros muchos Consejos al plasmar de manera concreta la interdependencia de los derechos humanos en un área del Estado, ya que está formado por una Dirección Ejecutiva y un Plenario, donde están representados varios actores de distintas incumbencias, lo que erige a la política

5 Convencional Chiernajowsky en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, p. 491.

6 Esta pelea se dio en la misma Convención, donde el convencional Maques pretendió introducir un “Texto de Estatuto sobre creación del Instituto Local de Familia y Minoridad” citando y agradeciendo a Atilio Álvarez, entonces presidente del Consejo Nacional del Menor, eterno asesor/defensor, y uno de los máximos exponentes contemporáneos de la cultura jurídica tutelar.

7 No sólo se mantiene vigente la adecuación en materia penal juvenil, en el campo asistencial poco ha cambiado “se puede observar que desde el Poder Judicial (nacional) el organismo administrativo de protección es visualizado como una especie de ‘auxiliar de la justicia’...se puede decir que la Justicia concibe al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes no tanto en su carácter de organismo administrativo de aplicación de la normativa, sino que lo posiciona en un lugar subordinado”. *Cambios y transiciones: de las medidas de protección de persona a las medidas de protección de derechos. Un estudio exploratorio sobre el traspaso de causas judiciales al CDNNyA - Año 2008*. Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Dirección de Políticas Públicas e Investigación Dirección de Red de Defensorías Zonales, pp. 51 y 52

pública de infancia y adolescencia, como responsabilidad de todo el gobierno, y no sólo de las áreas generalmente relacionadas con desarrollo social, quien debe ser el proveedor de los recursos y políticas más específicas. La dependencia institucional del Jefe de Gabinete de Ministros refuerza esta mirada. En la Convención Constituyente se señalaba: “Sucedee que las políticas dirigidas a esta franja etárea están elaboradas e implementadas desde diferentes áreas del Poder Ejecutivo de la ciudad. Existen políticas hacia la niñez, de educación, de salud, la mal llamada Dirección de Minoridad, de acción social, etcétera, pero en ninguna esfera del gobierno se toman estas políticas considerando al niño en su totalidad, haciendo un esfuerzo por articularlas e integrarlas, evitando el despilfarro de esfuerzos, la contradicción permanente y la contraposición de políticas”⁸.

Por otro lado, lo que lo hace quizás más interesante aun, el Consejo está descentralizado en las Defensorías Zonales en todas las comunas de la Ciudad, conforme lo prevé el mismo artículo 39.

El Consejo irrumpió con una inusitada energía institucional, sin embargo a medida que fueron pasando los años fue perdiendo su fuerza inicial. La regresividad de las acciones de este organismo, tiene implicancias o responsabilidades locales, pero también se inscribe en una tendencia nacional y regional caracterizada en una débil estructuración de los sistemas de protección de derechos (en adelante SPD) de NnyA⁹ definido en el artículo 32 de la ley 26.061. El SPD “debe contar con los siguientes medios: a) Políticas, planes y programas de protección de derechos; b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; c) Recursos económicos; d) Procedimientos; e) Medidas de protección de derechos; f) Medidas de protección excepcional de derechos”.

Es tal la preocupación regional por el fortalecimiento de los SPD, que la Comisión Interamericana de DDHH a través de la Relatoría

8 Convencional Chiernajowsky, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, p. 460.

9 Muy bien descriptos en MORLACHETTI, Alejandro, “Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe”, en *Colección Documentos de proyecto Cepal/Unicef*, 2013.

de la Niñez, y a pedido de los actores más activos de la región ¹⁰ ha llevado adelante una serie de acciones que comenzaron con un cuestionario ¹¹, luego una audiencia temática de oficio ¹² y culminará en breve con un informe que contendrá estándares y lineamientos de políticas públicas. El Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia aportó a este proceso un documento donde se expresan las principales falencias del SPD en nuestro país, claramente aplicable a la situación de la CABA ¹³ vinculadas a: la baja capacidad para diseñar e implementar políticas públicas de protección integral; ausencia de espacios locales de planificación intersectorial; falta de jerarquización y reconocimiento de las áreas de infancia y ausencia de sistemas de información. En materia de recursos humanos: inexistencia de carrera administrativa y de concursos; condiciones precarias de trabajo; asimetrías con el Poder Judicial en cuanto a carreras y escalafonamientos y falta de recursos humanos especializados; entre las principales.

Volviendo al plano de la CABA, en diversas acciones de amparo iniciadas por el Ministerio Público Tutelar se ha puesto de manifiesto el debilitamiento del Consejo en su rol de garante de los derechos de los niños y niñas. Un claro ejemplo en este sentido, lo constituyen los amparos para efectivizar la externación de personas menores de edad que permanecían internadas en un hospital psiquiátrico monovalente u hospitales de niños, a pesar de contar con alta médica ¹⁴.

10 Unicef, Save the Children, Plan Internacional y la Redlamy (red de coaliciones de infancia y adolescencia de América Latina) entre los principales.

11 El contenido se puede consultar en <http://us6.campaign-archive1.com/?u=af0b024f4f6c25b6530ff4c66&id=f696f88926&e=c5c240cc98>

12 El 08/04/2016 en el marco del 157 período de sesiones de la CIDH.

13 Ver documento presentado por el Colectivo “El Sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes” disponible en <http://colectivoinfancia.org.ar/docs/SPD->

14 Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 13: “Asesoría Tutelar N° 2 contra GCBA sobre Ampa (Art. 14 CCABA)” 24/09/2009; Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 8 “Asesoría Tutelar N° 2 contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)”; “Asesoría Tutelar N° 1 contra GCB” Expte 44404/0; “Asesoría Tutelar N° 1 contra GCBA”, Expdte. 445331/0, entre otros muchos.

Este tema también fue abordado por el fuero penal, contravencional y de faltas a través de un habeas corpus iniciado a mediados de 2010, que aún continúa en trámite dados los innumerables incumplimientos registrados ¹⁵.

La Defensoría del Pueblo, tomando en consideración numerosas resoluciones previas, emitió la resolución N° 1110/11 por la cual instó a fortalecer la red de defensorías zonales ¹⁶.

Como se señaló en la introducción es el Plenario del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes el lugar previsto que la ley local 114 ideó para el debate, diseño y articulación de las políticas públicas de promoción y protección de derechos. A través de la elaboración de un plan anual transversal, el Plenario debería articular las acciones de gobierno de casi todos sus ministerios en esta materia. Sin embargo, es muy poco frecuente la asistencia de los representantes del gobierno local, omitiendo dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 114 y el Reglamento del Consejo, informando a los Ministros sobre la ausencia de los subsecretarios para que adopten las medidas pertinentes (art. 54 relativo a las funciones del Consejo). La sistemática ausencia en dicho espacio de los representantes del Poder Ejecutivo (Salud, Educación, Promoción Social, Cultura, Trabajo y Derechos Humanos) ha impedido que el Plenario se convirtiera en el ámbito de articulación y de diseño para el que fue concebido.

Este retroceso en las prácticas institucionales ha llevado a una asimiliación del rol al cual estaba destinado a modificar ¹⁷.

III. Amparos habitacionales y control de legalidad: violación del principio de igualdad

El segundo aspecto que nos interesa abordar está relacionado con la coexistencia de dos jurisdicciones, la nacional y la local, que cons-

15 Causa N° 20.384 “Gobierno de la CABA s/infracción art(s) H. Corpus”.

16 <http://www.defensoria.org.ar/institucional/resoluciones/r0110-11.doc>

17 “Este nuevo lugar ocupado por las Defensorías Zonales es percibido de diferentes maneras por los niños/as y adolescentes y sus familias. Según el relato de algunos profesionales, muchas personas se muestran reticentes a cualquier tipo de intervención -incluso a una primera entrevista- ya que asemejan la Defensoría Zonal al Juzgado”, op. cit. nr 6, p. 53.

pira contra el mandato constitucional “*Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar*” representando una gran fuente de desigualdad en el acceso a la Justicia, donde la protección jurisdiccional local, no logra “irradiar” la intervención de la Justicia de familia nacional, donde por otra parte las mismas familias suelen tener serias dificultades en el acceso a patrocinio jurídico ¹⁸.

Gran parte de los amparos habitacionales que se ventilan en el fuero contencioso administrativo local, culminan con sentencias que ordenan al GCBA no sólo una solución habitacional, sino también diversos tipos de asistencia a la parte actora ¹⁹.

La coexistencia del fuero CAyT local, y del fuero civil de familia crea entonces la existencia de dos procesos judiciales que intervienen sobre la misma familia, con escasa o nula interacción entre sí. La justicia CAyT local interviene en relación a un grupo familiar, generalmente por la cuestión habitacional ²⁰, y en paralelo alguno o algunos de los hijos/as de esa familia puede ser pasibles de una

18 A partir de la reforma constitucional argentina de 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene prevista su completa autonomía, asimilando su estatus jurídico al de una provincia, en cuanto se la considera como nuevo Estado federado. No obstante coexisten varias “Justicias” en su territorio. En primer lugar, los Tribunales Federales, con competencia para asuntos federales; en segundo lugar, los Tribunales Nacionales, con competencia en asuntos de distintas materias ordinarias (criminal, civil, comercial, laboral); y, por último, la Justicia propia de la Ciudad Autónoma. Por lo tanto, la Justicia ordinaria en el ámbito de la CABA, es nacional. Esto es posible por la sanción de la denominada Ley Cafiero, N° 24.588 que restringió en varios aspectos la autonomía de la Ciudad.

19 Fue la Corte Suprema en el caso “Quisberth Castro” quien mejor las reseñó (en el caso puntual se trataba de un niño con discapacidad) “...las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial”, considerando 16.

20 La judicialización del derecho la vivienda en la CABA está muy bien descrita en Royo, Laura, “Respuestas de Emergencia para Población en Emergencia Habitacional”, revista [áDA N° 5, “Igualdad, autonomía personal y derechos sociales”, Abril de 2017, pp. 15 y ss.

medida de control de legalidad, o sea, un niño/a es separado/a de su familia. Los dos procesos judiciales ante fueros de distintas jurisdicción acarrearán la participación de varios actores institucionales, jueces, fiscales, defensores, asesores, organismos jurisdiccionales de apoyo y organismos administrativos, que podrían estar articulados de manera estratégica y muchas veces no lo están.

El cambio de paradigma de interrenvenión del Estado, del cual el artículo 39 de la CCABA es buen exponente, implicó como vimos más arriba que decisiones sumamente importantes son tomadas por el órgano administrativo con competencia local, esto es, el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, a través de las Defensorías Zonales. El artículo 33 de la ley 26.061 establece que “...ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias” la Administración local puede tomar diversas medidas especiales.

Entre estas medidas se incluyen:

a) *Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;*

b) *Solicitud de becas de estudio o para jardines maternas o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;*

c) *Asistencia integral a la embarazada;*

d) *Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;*

e) *Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;*

f) *Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;*

g) *Asistencia económica”.*

“Sólo de manera excepcional, subsidiaria, por el más breve lapso posible y con posterior control judicial, la administración puede recurrir a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario” (artículo 41. b).

Sin embargo, la regla no se cumple. La ley 114 y la Resolución 309/07 dictada por el propio Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que regula el “*Manual de Procedimientos y Circuitos del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*”, estipula que se deben tomar primero las medidas de exigibilidad recién enumeradas en el artículo 33. Según el informe de gestión del Ministerio Público Tutelar 2012, últimos datos disponibles ²¹ “entre enero de 2011 y agosto de 2012 el organismo sólo dictó 26 medidas de efectivización de derechos, de las cuales 16 tenían por objeto la obtención de vacantes en instituciones de albergue y sólo 9 exigían el otorgamiento de un recurso de tipo habitacional, de fortalecimiento familiar u otro”. Estas cifras reflejan la falta de implementación por parte de la autoridad del Sistema de Protección de Derechos local de una herramienta vital hacia la obtención de los recursos idóneos para restituir derechos vulnerados de niños, niñas y adolescentes, y la prioridad de la institucionalización entre los recursos seleccionados ²².

No obstante antes de la medida de control de legalidad, por ende, antes que intervenga la Justicia de familia, es la Justicia CAYT quien podría intervenir ante el sistema de protección de derechos solicitando los recursos necesarios para el fortalecimiento familiar y evitar la institucionalización y la ulterior pérdida de la responsabilidad parental. Sobre este tema la Corte IDH en el caso “Fornerón” sostuvo: “una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales” ²³.

21 El Anuario estadístico 2015 del Consejo de Derechos de la CABA, consultado para esta publicación, no informa sobre dichas medidas, que como señalamos son centrales al momento de restituir derechos vulnerados.

22 Informe de Gestión del Ministerio Público Tutelar, “Niñez, Adolescencia y Salud Mental en la Ciudad de Buenos Aires”, 2012, pp. 103 y 104.

23 Corte IDH: “Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”, 27/04/2012, Parr. 119.

Prácticamente no se registran casos de incumbencia de la Justicia CAyT local en el derecho a la convivencia familiar y comunitaria ²⁴ con respecto al Consejo de Derechos de la CABA o el Ministerio de Desarrollo Social, no obstante la competencia subjetiva de dicho fuero según el art. 48 de la ley 7.

La poca intervención de la Justicia CAyT en relación a la protección integral de la familia también queda evidenciada en las estadísticas del Consejo de Derechos de 2015 donde consignan sólo 155 intervenciones iniciadas por solicitud del Poder Judicial local, frente a las 4.291 iniciadas por el Poder Judicial de la Nación ²⁵. Es razonable la existencia de dicha asimetría en función de la competencia específica en la materia de la Justicia nacional, pero no obstante es una muestra de la falta de ejercicio de recurrir a la Justicia CAyT para garantizar el acceso a programas o intervenciones de fortalecimiento familiar, previo a que el caso ingrese en la Justicia de familia.

IV. La cuestión penal no abordada por el artículo 39

Como contracara del camino que transitó el Consejo de Derechos en los últimos años, alejado del precepto constitucional, y las asimetrías señaladas en el acceso a la Justicia en materia de derecho a

24 Entre las excepciones se puede mencionar los amparos promovidos por el MPT en diversos casos individuales donde se detectó que se habían adoptado medidas de separación del medio familiar como consecuencia de una situación de pobreza estructural. Se iniciaron diversas acciones de amparo para que el Consejo de Derechos cese en su accionar vulneratorio del derecho a la convivencia familiar y garantice a los niños involucrados el derecho a una vivienda y a la convivencia con su familia: “Asesoría Tutelar N° 2 contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)” y “Asesoría Tutelar N° 2 contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)”. También cabe destacar el voto de Alicia Ruiz en “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” del 9/08/06 “De otra forma no podría comprenderse que todas las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido -como por ejemplo este amparo- o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como lo son el derecho a la vivienda digna, la protección integral a la familia y el interés superior del niño”, considerando 6.

25 Fuente: Cuadro 2 Anuario Estadístico 2015 CDNNyA Dirección de Políticas Públicas e Investigación.

la convivencia familiar y comunitaria, el funcionamiento de ciertos aspectos de los delitos transferidos a la CABA, merecería un lugar destacado en el artículo 39, especialmente cuando llegue la tan esperada transferencia total de delitos ²⁶.

El régimen penal juvenil vigente en nuestro país, la ley 22.278, ha recibido un tratamiento crítico de la Corte Suprema en el caso “Maldonado” (238:4343) y fundamentalmente en el caso “García Méndez” (331:2691) ²⁷. Mientras en el primer caso la Corte describe la ley de manera muy crítica ²⁸, en el segundo directamente requiere al Poder Legislativo que “en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo)” ²⁹. Por su parte dentro del sistema interamericano, la Corte IDH tanto en el caso “Bulacio” como en los casos “Mendoza y otros” de imposición de penas perpetuas a menores de edad solicitó expresamente la modificación del régimen penal actual.

A pesar de esta gran limitación, muchas provincias, entre ellas la CABA, regularon los aspectos procesales en materia penal juvenil para aplicar aspectos de justicia restaurativa implicados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así se sancionó la ley 2451 que creó el Régimen Procesal Penal Juvenil para la Ciudad. Dicho cuerpo normativo invoca “*los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los Tratados Internacionales de Protección de*

26 La Justicia Penal, Contravencional y de Faltas, interviene sólo en los delitos que fueron transferidos por el Congreso Nacional a la jurisdicción local, en 3 sucesivos procesos de transferencia. El último de ellos entró en vigencia en 2018.

27 Un fallo sumamente criticado, para mayor información ver: HERNÁNDEZ, Juan Facundo, “Contradicciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El régimen penal juvenil a 35 años del Decreto-ley N° 22.278”, en QUINTERO, Alejandra (coordinadora), *Justicia penal juvenil*, Jusbaire, Buenos Aires, 2016, p. 63, 1ª ed.

28 Considerando 24 en adelante.

29 Considerando 7.

Derechos Humanos”³⁰. La ley introduce importantes innovaciones, y entre las que nos interesa se encuentra el instituto de la Remisión (art. 75).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537”, *Fallos*, 331:2691, se refirió explícitamente a la importancia de promover la aplicación de institutos como la remisión, así sostuvo: “4°) Que uno de los principios establecidos por la Convención se relaciona con el ‘trato’ a que tiene ‘derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales’. Este derecho es el de 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’. Cabe advertir que la noción de reintegración parte de asumir que las dificultades que afronta un niño no son necesariamente individuales, y considera relevante el medio social en que vive. En este sentido la Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños ‘a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales’ (art. 40.3). De igual manera las Reglas de Beijing establecen que incluso para los ‘menores delincuentes’ pasibles de sanción, ‘[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente’ (11.1). En esta línea de ideas, asimismo,

30 Asimismo establece que “son principios que deberán observarse en la aplicación de la ley los derechos y garantías establecidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD)”. (Art. 8 de la ley).

se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales’ (Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay’, sentencia del 2-9-2004, Serie C N° 112, párr. 211)”.

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó en julio del 2011 el documento “*Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*”, donde se refiere en primer lugar a la importancia de desarrollar alternativas a la judicialización, y en particular a la remisión. “G. Alternativas a la judicialización de niñas, niños y adolescentes infractores de las leyes penales” ...”El artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que, siempre que sea apropiado y deseable, se adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales, sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”...”En cumplimiento de dicho artículo, así como en aplicación del principio de excepcionalidad del sistema de justicia juvenil y en respeto de las obligaciones especiales de protección que se derivan del artículo 19 de la Convención Americana y del artículo VII de la Declaración Americana, los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización”.

Sobre la remisión la Comisión señaló “Para la CIDH, la remisión implica la supresión del procedimiento ante la justicia juvenil y la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, por lo que estos casos no debieran ser considerados para efectos de reincidencia. Esta alternativa pretende evitar, en todos los casos en los que sea posible, la puesta en funcionamiento de los sistemas penales formales, a través de una reorientación del conflicto hacia servicios apoyados por la comunidad”.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su observación general N° 10 sobre el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señaló que: “Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir,

remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos”.

Como señalamos, la legislación procesal penal juvenil de la CABA es quizás una de las más avanzadas del país en términos de garantías del procedimiento en todas las etapas del mismo, y de medidas alternativas a la solución del conflicto, que sumado a la existencia de centros especializados de detención, son los ejes principales de un modelo de Justicia penal juvenil respetuoso de los derechos humanos. La existencia de esta ley se explica por una clara definición política de la legislatura de esa época y del valioso aporte del Ministerio Público y de los jueces de entonces.

No obstante la asidua utilización de la Remisión, la creación de un sistema de Justicia penal juvenil restaurativa se encuentra en un proceso embrionario que requiere el compromiso de los actores intervinientes que componen el Poder Judicial local: jueces, fiscales, defensores, asesores, y las áreas administrativas de apoyo de los cuatro sectores mencionados. Los resultados hasta el momento en las remisiones llevadas adelante son muy positivos, pero requerirán de mayor precisión en la medida que progrese la transferencia de delitos al ámbito local. De esta manera los compromisos asumidos para llevar adelante las remisiones en los términos del artículo 75 de la ley 2451, requieren que “todos estemos hablando de lo mismo” cuando de justicia restaurativa se trata. Es razonable que existan posiciones distintas ya que cada uno de los actores que intervienen en el proceso penal tiene la autonomía necesaria y funciones contrapuestas en su cometido. No obstante y teniendo especialmente en cuenta las funciones procesales que cada uno lleva adelante, es necesario sentar las bases generales para que un modelo de justicia restaurativa tenga lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que implica el desarrollo de una política pública judicial que involucre a todos los actores intervinientes.

V. Conclusiones

Volviendo a la consigna inicial y a la hora de repensar el artículo 39, éste debería sumar aspectos centrales de las tres dimensiones analizadas.

En el campo institucional, el Consejo de Derechos debería volver a ser lo que fue, claro que *aggiornato* a nuestros tiempos, incluyendo una clara línea de acción en materia de abogado del niño, por

ejemplo, previsto en el artículo 27 de la ley 26.061. En ese sentido, el artículo 39 podría constitucionalizar las previsiones de la ley 114 y dotar al Consejo de mayor estabilidad administrativa, incluyendo a sus recursos humanos, sin los cuales no será posible ninguna política pública de infancia y adolescencia. Para tal fin debería depender del Poder Legislativo, para reforzar la independencia que requiere exigir el cumplimiento de los derechos a las distintas áreas de gobierno. Junto a este rediseño institucional, la CABA también debería prever la creación del Defensor/a de Derechos de NNyA conforme lo establece el artículo 48, último párrafo, de la ley 26.061.

También el artículo 39 debería regular con mayor precisión lo que entonces no tenía nombre, nos referimos al Sistema de Protección de Derechos. El próximo informe de la CIDH sobre este punto será un insumo fundamental en materia de estándares de funcionamiento de los sistemas en región.

Por último y como señalamos, la Constitución local podría incorporar los mejores preceptos regulados en la ley 2451, de procedimiento penal, de manera tal de evitar tentaciones de reformas regresivas que tanto suelen abundar en materia penal juvenil ³¹.

31 Sobre estas tendencias, ver HERNÁNDEZ, Juan Facundo, “Justicia penal juvenil en la región sur de América Latina. Deudas, avances y desafíos, desde la perspectiva de las redes de infancia de incidencia en políticas públicas (2014-2015)”, documento presentado en el “Seminario Internacional de Supervisión y Monitoreo de las Condiciones de Detención de NNyA Privados de Libertad en Contacto con la Ley Penal” realizado los días 19 y 20 de mayo de 2016 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por UNICEF y la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Violencia contra los Niños de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.unicef.org.ar/seminario2016/img/pdf/14-juan-facundo-hernandez.pdf>