

NIÑOS VÍCTIMA Y JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL¹

Por Ángeles Baliero de Burundarena

Experiencias regionales. El Ministerio Público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Protección de los Derechos de los niños víctimas y conflicto con la ley penal

I. El Derecho Penal Juvenil y el Sistema de Protección Integral de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. Derecho Penal Mínimo. I.a) Modelo de protección Integral de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal y un nuevo paradigma: la Justicia Restaurativa. I.b) Los Programas de Justicia Restaurativa: Institutos Alternativos de Resolución de Conflictos: 1) La Suspensión del Proceso a Prueba (Probation), 2) remisión, 3) Mediación; I.c) Breve análisis de la aplicación de los Institutos de Resoluciones Alternativas en los casos de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en la jurisprudencia. II. Breve análisis de los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos en el Sistema de Protección Integral en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. III. Conclusiones.

I. El Derecho Penal Juvenil y el Sistema de Protección Integral de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. Derecho Penal Mínimo.

Los postulados enunciados en el Capítulo 5, desarrollado en el apartado referido al “Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes...” y su relación con el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes tanto a nivel internacional, nacional como local resultan también extensivos al ámbito penal. Se plantea un modelo de justicia penal para la adolescencia y juventud basado en los estándares a los que está sometida la tarea judicial de acuerdo con los instrumentos internacionales que han sido ratificados por nuestro país y por los demás países latinoamericanos.

¹ Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).CAPITULO 3. Tomo III –Editorial Abeledo Perrot - 2017

En el caso “Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) la CIDH² destacó la existencia de un “*muy comprensivo corpus juris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños*”, del cual forman parte la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana.

A continuación, se intenta contribuir al debate sobre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la justicia penal juvenil teniendo en cuenta los compromisos internacionales adoptados por la República Argentina ante la comunidad internacional y receptados en nuestra CN a través de la reforma del año 1994, como ya se analizó.³

Ahora bien, al decir “derecho penal” solo cabe admitir que estamos enmarcando la cuestión en toda la legislación, cualquiera sea su jerarquía normativa, vinculada a la cuestión penal. Es decir, la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos en cuanto a las garantías de fondo y de forma; y al Código penal y sus leyes especiales, en cuanto al ámbito de las conductas que se encuentran prohibidas y sancionadas con “penas”.

Este marco teórico está integrado, al menos, por los siguientes instrumentos: la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Ley Nacional nº 26.061, de “Protección Integral de Derechos de Niños/as y Adolescentes”(2005), la Ley Local nº 114 de “Protección Integral de Derechos de Niños/as y Adolescentes” (1999) , como así también las denominadas “Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad”, Reglas de Brasilia (acceso a Justicia ⁴), “Reglas

² CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999 .Fondo.

³ Ver en esta obra el Capítulo 5: Tutelas públicas especiales de protección familiar en materia de niñez en VI. EL SISTEMA DE PROTECCION INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLSCENTES. MARCO INTERNACIONAL, REGIONA Y NACIONAL.

⁴ Ayala Corao, Carlos “El Sistema de Justicia y la Protección de los Derechos Humanos,” en “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas”, Comisión andina de juristas, Lima, Perú, 2003, p. 326/329.

El acceso a la justicia es la capacidad real que tienen los usuarios de someter sus controversias a los órganos del Poder Judicial para que sean resueltas. La Justicia cuenta con una serie de barreras que la dificultan o imposibilitan particularmente a las personas en condiciones socioeconómicas desfavorables.

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” y las “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil” (Directrices de Riad). Cabe destacar que estos tres últimos instrumentos son parte integrante -“*en lo pertinente*”- de la Ley nº 114, tal como expresamente lo recepta su artículo 12.

También integra este marco normativo desde el ámbito procesal, el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 2.451⁵), que a su vez, en su art. 41 determina que en los procesos donde las personas menores de dieciocho (18) años de edad imputados víctimas o testigos, los/as magistrados, funcionarios/as judiciales y administrativos/as que intervengan deben tener en cuenta los principios del interés superior del niño/a, todos los derechos consagrados en la presente ley y en las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (E/2005/20).

No se pretende desarrollar una formulación exhaustiva respecto de la trascendencia que tuvo, tiene y su proyección a futuro todo el bloque normativo mencionado en tanto se aplique por los jueces en su integralidad.

Pero sí debe destacarse que todo ese bloque impuso (esto es, normativizó) el denominado sistema de la “*protección integral de derechos*”, desterrando (o intentando hacerlo) el denominado modelo de la “*situación irregular*”, ya mencionado con relación al ámbito privado.

Así como es necesario garantizar el acceso a justicia a toda persona que no cuente con medios económicos, es necesario también que toda persona que acceda pueda salir y no se quede atrapada. Ello importa que los Tribunales se preocupen más por la Justicia efectiva y no por los formalismos.

⁵ **LEY N° 2.451** Sanción: 03/10/2007; Promulgación: De Hecho del 08/11/2007; Publicación: BOCBA N° 2809 del 13/11/2007

Por tanto, esta rama del derecho se encuentra en la actualidad también presidida por las pautas y principios rectores que establece la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que define la intervención estatal sobre tres líneas directrices:

- a) la protección
- b) la participación
- c) la prevención.

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.⁶

Así, entonces, si se habla de “derecho penal juvenil” lo que estamos haciendo -en definitiva- es referirnos a un cuerpo normativo integrado por todo el derecho penal (esto es, el general, el que se aplica a los adultos, con todos los derechos y garantías que ello implica) más todo el bloque normativo vinculado a la infancia y adolescencia, caracterizado por la recepción del modelo de la protección integral.

Es decir, si se pudiera graficar el diseño sería este:

DERECHO PENAL JUVENIL = derecho penal + bloque normativo de la protección integral

Sobre la base de este razonamiento es que la CSJN, de modo congruente con la doctrina especializada, en el caso “Verbitsky”⁷ utilizó para fallar diversas normas internacionales, jurisprudencia y otras fuentes con un criterio amplio, dedicando a las personas menores de edad y a los enfermos detenidos en dependencias policiales quince páginas. Allí se refiere la CSJN a la existencia de un *corpus juris* internacional de protección de los niños integrado por la CDN y cita otras normas y el caso “Villagrán Morales (chicos de la calle)”. Casi textualmente se citan las cláusulas de la CDN, lo que permite concluir que ellas son

⁶ Scivoletto, "Sistema penale emineri", p. 19, citado por Kemeljaer de Carlucci, Aída, "Justicia Restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", Rubinzal, Culzoni,, p.40

⁷ CSJN, Recurso de hecho, “Verbitsky, Horacio s/ Habeas corpus”, causa 856, XXXVIII, sentencia del 03/05/2005.

derecho vigente en el país, lo que constituye un avance fundamental en la protección de personas detenidas en general y de niños en particular.

Asimismo, en el caso “Maldonado” se había condenado a Daniel Enrique Maldonado a la pena de 14 años de prisión por el delito de robo agravado en concurso ideal con homicidio calificado. El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso por entender que se había efectuado una errónea interpretación del art. 4 de la ley 22.278 y Casación Penal decidió casar la sentencia y condenar a Maldonado a la pena de prisión perpetua, que la Corte invalidó. La Jueza Argibay dijo: *“la interpretación y aplicación leal de la CDN conduce a una regla interpretativa inversa: es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es precisamente la menor edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga determina la obligación para el Tribunal de aplicar una pena más leve.”*⁸

También se afirmó que *“... 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 efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la ‘situación irregular’- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.*

*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, los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”*⁹

En síntesis el caso “Maldonado” es el primer caso en el que la CSJN interpreta la CDN con calidad técnica. Una solución que debe celebrarse junto a la argumentación así desarrollada.

⁸ Beloff, Mary en “La familia en el nuevo derecho”, Kemelmajer y Herrera, Rubinzal Culzoni, p. 176.

⁹ CSJN, caso “Maldonado, Daniel Enrique y Otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa N 1174 C.”, Causa 1022, XXXIX, Sentencia del 07/12/05.

Más allá del sinnúmero de abordajes que pueden efectuarse sobre la cuestión, se limita el análisis a algunas características propias del derecho penal juvenil que se derivan del modelo de la protección integral. Modelo que determina los principios rectores en la materia tanto cuando se trata de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal como cuando éstos son víctimas o testigos de delitos.

Todo este marco normativo y el conjunto de mandatos específicos que éste instauró sobre la justicia penal juvenil, ha proporcionado las bases para lo que se ha venido a denominar la Justicia Restaurativa.

Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: *Responsability, 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.¹⁰ Tal como se ha sostenido, la Justicia Restaurativa no versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible.¹¹

a) Modelo de protección Integral de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal y un nuevo paradigma: la Justicia Restaurativa

Este modelo conlleva la necesidad de que, en todo proceso punitivo seguido contra niños y adolescentes existan salidas alternativas a la mera retribución mediante la imposición de una pena. Esto es, la aplicación de institutos jurídicos que permitan “resolver” el conflicto que evidencia el inicio de una causa penal por medio de alternativas jurídicas que carezcan de una carga coactiva, estigmatizante y privativa de derechos.

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci Aida en “Justicia Restaurativa: Posible Respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”, Rubinzal Culzoni, p.109.

¹¹ Braithwaite, “Restaurative Justice and responsible regulation”.

En efecto, siguiendo las disposiciones pertinentes de la CDN, puede advertirse que el Estado Nacional ha adoptado, con rango de garantía (conforme art 75 inc. 22 CN), un fin específico de intervención estatal en la gestión de aquellos conflictos que tengan como protagonistas a las personas en desarrollo. El fin específico de referencia está expresamente enunciado en el art 40 inc. 1 *in fine* en cuanto dispone que se reconoce el derecho de todo niño a que se promueva su reintegración y de que asuma una función constructiva en la sociedad, informado a su vez por el principio rector del interés superior del niño (art 3.1 CDN).

Guiado por aquel fin general, y concretizando las formas en que ha de lograrse aquel objetivo la CDN dispone en el inc. 3 y 4 del art. 40 ¹², formas alternativas al proceso y a la pena para la solución del conflicto, estableciendo el compromiso del Estado parte de adoptar medidas para tratar a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, sin recurrir a sistemas judiciales.

Dichas pautas conforman la política de gestión de la conflictividad asumidas por el Estado Argentino al ratificar la CDN e integrarlo al texto constitucional de la Nación.

Asimismo, dichas reglas tienen relación directa con los denominados principios de última ratio, subsidiariedad y mínima intervención vigentes en el sistema penal, y reforzados en el sistema penal juvenil a través del principio de desjudicialización, en el interés superior de la persona en desarrollo. Alberto Binder señala en qué forma se concretizan dichos principios “(...) *la única justificación admisible para el castigo violento que utiliza el Estado es la de ser su último recurso de un modo comprobable y con relación a otros identificables, ello dentro de un análisis circunstanciado y concreto de base empírica (...)*” “(...) *no es admisible que el estado pretenda justificar el uso de su*

¹²Art. 40 inc 3 y 4: “3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos (...) y en especial 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(...)”

*violencia porque no ha construido de un modo eficaz los otros niveles de gestión de la conflictividad (...)*¹³

En la misma línea, y con relación también al principio de desjudicialización, se ha mantenido que: *“El sistema judicial establece soluciones estandarizadas para situaciones estandarizadas y tipificadas, propias del sistema normativo penal; esa estandarización es absolutamente negativa frente a un infractor que está en proceso de formación y que, consecuentemente, requiere de soluciones particularizadas que, en principio, el sistema formal no puede brindar.”*¹⁴

En el contexto enunciado las disposiciones del inc. 3º y 4º del art. 40, CDN, se complementan de forma tal de hacer operativa la garantía de desjudicialización establecida en cuanto dispone que esta garantía de última ratio y desjudicialización de los conflictos penales importa la implementación de respuestas menos lesivas y muchas veces más efectivas para enfrentar el conflicto que tiene por parte a un niño o adolescente.

Del marco normativo constitucional desarrollado hasta aquí surge claro el compromiso Nacional asumido en aplicar a todos los procesos seguidos a las personas menores de edad aquellos institutos penales y procesales tendientes a morigerar y relegar los efectos estigmatizantes y negativos que conlleva el proceso penal formal.

Es que, tal como se ha expresado, la CDN proporciona la base para las “4D” típicas de la Justicia Restaurativa: Desjudicialización, Discriminilización, Desinstitucionalización y Due Process (Proceso Debido).¹⁵

b) Los Programas de Justicia Restaurativa: Institutos Alternativos de Resolución de Conflictos.

1) La Suspensión del Proceso a Prueba (Probation)

¹³ Binder, Alberto, *Introducción al derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, 1ª ed marzo 2004, p. 48-9).

¹⁴ Highton, Álvarez y Gregorio, “Resolución alternativa de disputas y sistema penal”, Editorial. Ad Hoc Buenos Aires Abril – 1998, p.91.

¹⁵ Sanz Hermida, “El nuevo proceso penal del menor”, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002 p. 77.

Entre los institutos previstos en la legislación nacional tendientes al fin señalado se encuentra la suspensión del proceso a prueba. La probation ha sido descrita, en términos generales, como una “medida penal que comporta detención y que implica prescripciones de conducta para quien ha violado la ley penal, persona que queda confiada a la supervisión de determinados operadores que tienen la obligación de ayudarla, sostenerla, y controlarla”.¹⁶

La aplicación de este instituto a niños y adolescentes involucrados en un proceso penal se encuentra previsto en las leyes 26.061 (art. 19) y 114 (art. 12), y en el Régimen Procesal Penal Juvenil de CABA, Ley 2451, (Art. 76).

Es que tal como afirma Vitale: *“Reivindicadas, como corresponde, las garantías penales y procesales penales para los jóvenes condenados o sometidos a proceso penal, no hay razón para aplicarles a ellos el Código Penal en otras cuestiones y no aplicárselo en lo que respecta a la institución que tratamos aquí, en la medida que ello les resulte más favorable.”*¹⁷

Al respecto el art. 17 de las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores dispone en su inciso 4º que *“La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.”* En la misma línea de flexibilización el art. 18.1 dispone una pluralidad de medidas resolutorias entre la que se encuentran aquellas propias de la suspensión del proceso a prueba, previstas en el art 76 ter y 27 bis del Código Penal, es decir la prestación de servicios a la comunidad, indemnizaciones y devoluciones, órdenes en materia de atención, orientación y supervisión y órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento.

El fin de reintegración y asunción de una función constructiva en la sociedad que informa el fin de la política pública de gestión del conflicto con menores por parte del Estado se ve reflejado claramente en las medidas señaladas.

¹⁶ Patane, “ L’ individualizzazione del processo penale minorile”, p. 8, Citado por Kemelmajer de Carlucci en “Justicia Restaurativa”, ya citado.

¹⁷ Vitale, Gustavo, *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. del Puerto SRL, 2ª ed, 2004, p. 383.

Asimismo las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad establecen como objetivo fundamental promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad (1.1), fomentar una mayor participación de la comunidad, fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (1.2). Establecen también que se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los Tribunales (2.5), las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención (2.6), enunciando en el art 8º medidas no privativas de la libertad entre las que se encuentran la indemnización (f), suspensión de la sentencia (g), régimen de prueba (h), imposición de servicios a la comunidad (i), obligación de acudir regularmente a un centro determinado (j); todas ellas de idéntico contenido a las reglas de conducta previstas para la suspensión del proceso a prueba (conf. arts. 76 ter y 27 bis, CP).

2) Remisión

Señala Aída Kemelmajer de Carlucci que la remisión consiste en la terminación anticipada o extinción del proceso cuando el conjunto de circunstancias que rodeen el hecho permitan hacer presumir que la instauración del proceso resultará contraproducente para todas las partes envueltas en el conflicto, y muy en especial, para el adolescente.¹⁸

El Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA (RPPJ) establece el instituto de la remisión para las personas menores de 18 años sometidas a procesos en su art. 75. Para su procedencia- que puede ser a pedido del propio interesado, del Defensor o del Fiscal Juvenil, y aún del propio Juez/a de oficio- se tendrá en cuenta: la gravedad del delito, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.

Si el Juez/a considera admisible la petición convocará a una audiencia y, previo acuerdo con el/la imputado/a y la víctima, podrá resolver “ remitir “ a la persona menor de 18

¹⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Justicia Restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”, Rubinzal Culzoni, p. 97.

años de edad a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, extinguiéndose la acción.

3) Mediación

Según un renombrado operador de la mediación juvenil en Italia, la expresión mediación indica un proceso que mira dinámicamente una situación problemática, y que “abre los canales de comunicación que estaban bloqueados.”¹⁹ Entre los elementos de la mediación encontramos:

- Que es un proceso, no una actividad. Consecuentemente, su naturaleza es dinámica, no estática.
- En ese proceso, las partes participan en forma activa.
- La mediación ofrece a la víctima la oportunidad de expresarse.
- El proceso es voluntario para las partes y es conducido por un tercero imparcial.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la mediación penal en los casos de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal se encuentra prevista en los arts. 54 a 74 del Régimen Procesal Penal Juvenil.

La importancia de este instituto como modo alternativo de resolución de conflictos es tal, que se establece entre las atribuciones del Fiscal Penal Juvenil procurar la mediación.

Este instituto, según normativiza el Régimen Procesal Penal Juvenil, tiene como fines específicos: a) pacificar el conflicto, b) procurar la reconciliación entre las partes, c) posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, d) evitar la revictimización, e) promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez los perjuicios derivados del proceso penal (Art. 55).

¹⁹ Ceretti, Adolfo, “Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il tribunale per i minorenni di Milano,” en PISAPIA, Gian Vittorio y Antonucci, Daniela, “La sfida della mediazione”, Cedam, Padova, p. 92.

A su vez, el Régimen Procesal Penal Juvenil señala cuáles son los principios rectores del proceso: voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad y neutralidad o neutralidad de los mediadores. (Art. 56).

c) Breve análisis de la aplicación de los Institutos de Resoluciones Alternativas en los casos de niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en la jurisprudencia

En primer lugar, cabe destacar un reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Caso Mendoza y otros c. Argentina” , 14/05/2013 en el que se estableció que *“El Estado Argentino es responsable por la violación del derecho art. 7.3 de la CADH en perjuicio de varios internos menores de edad, al imponerles sanciones penales de prisión y reclusión perpetuas, por la comisión de delitos siendo niños, pues para decidir así, los jueces no consideraron la aplicación de los principios que se desprenden de la normativa internacional en materia de los derechos de los niños.”* Asimismo, se señaló que: *“De conformidad con el art. 5.6 de la CADH, la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños, antes bien, implican la máxima exclusión del menor de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor.”*

Por su parte, en el ámbito local,²⁰ se mantuvo que: “El instituto de la **remisión** previsto por el art. 75 de la ley 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe aplicarse a un menor imputado por el delito de portación de arma de fuego sin la debida autorización, pues así fue solicitado por su defensor, el acusado lo consintió, el delito no es de los exceptuados por el último párrafo de la norma y existe contención familiar; máxime cuando su aplicación es concordante con los principios de mínima intervención penal y de prisión como último recurso, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional.” (resaltado me corresponde)

Con respecto a la **probation**, se sostuvo que: *“(…) no se advierten razones que impidan conceder este beneficio al incuso por el hecho de que se trate de un menor, toda vez que*

²⁰ Cám. de Apelac. en lo Penal, Contravencional y de Faltas de CABA, sala I, “C. C., E. s/infr. art. 189 bis CP L 2303”, 22/10/2012 “

el derecho penal de niños y adolescentes debe reivindicar para sí todos aquellos derechos y garantías que rigen este ámbito para personas adultas precisamente porque el no haber alcanzado cierto grado de madurez requiere que el Estado procure a su respecto no sólo la aplicación de regímenes cuya mayor benignidad significan una oportunidad que la ley concede a quienes entraron por primera vez en conflicto con la ley penal, sino una mayor protección real frente al poder punitivo del Estado. Y muy especialmente que por su condición de menor no se vea privado de lo que un adulto podría obtener, ante igualdad de circunstancias objetivas, de aquellos institutos que morigeran el impacto del poder punitivo cuando entiendan, debidamente asesorados por un abogado defensor, que ello les resultará más ventajoso. (...)Entiendo que un control serio y eficaz por parte del Estado, a través de la Sra. Asesora Tutelar (...) permitirá garantizar ampliamente que la solución adoptada en autos se ajuste de un modo material a dicha norinvolucre a menores, en pro de afianzar condiciones reales de inserción social, minimizando su estigmatización, y favoreciendo su sentido de responsabilidad por los propios actos. Todo ello de conformidad con los arts. 1, 2, 3, 11 y 12 de la ley 114, entre otras normas concordantes.(...)”²¹

En definitiva, tal como puede observarse, La Convención sobre los Derechos del Niño ha traído aire fresco a la esfera de las relaciones entre los niños/as y adolescentes y el Derecho y, en esa línea, los medios alternativos a la aplicación de la pena, no solo se ajustan a los nuevos postulados sino que se observan como mecanismos justos que consagran el respeto, la dignidad y el desarrollo integral de los adolescentes en clave de derechos humanos. Se perfila entonces la concreta aplicación del interés superior del niño (art.3.1 de la CDN) y el “principio pro homine”. Este principio reúne un conjunto de pautas y criterios que el operador e intérprete jurídico (judicial, administrativo, gubernamental entre otros) deben observar al resolver un caso o diseñar políticas públicas para encontrar la solución más beneficiosa para la persona en desarrollo y

²¹ Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N°14, causa N° 19(D)/04, “G., D. J. y A., M. s/inf. art.189 bis del CP”, res. 23/09/05”) En el mismo sentido se pronunciaron los Juzgados de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas n° 12 y 8 en autos “D.,P.A. s/ 189 bis CP” c D26/2004, expte. 6312-JC/2004 rta. el 16/11/05; autos “A., D.R.; A.,O. y O., E. s/ inf. art 189 bis del C.P.” expte 4845-JC/2004, rta. el 14/09/05.

destinataria de esa norma, solución o política pública trazada. Será el medio que coadyuve a la consolidación social del sistema de Derechos Humanos.²²

II. Breve análisis de los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos en el Sistema de Protección Integral en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El Art 41 del Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA (en adelante RPPJ) establece que en los procesos donde las personas menores de dieciocho (18) años de edad sean víctimas o testigos, los/as funcionarios/as judiciales y administrativos/as que intervengan deben tener en cuenta: a) los principios del interés superior del niño/a, b) todos los derechos consagrados en la ley y en las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (E/2005/20).

Asimismo, el RPPJ define ciertos criterios que deben observarse por los operadores jurídicos para el reconocimiento del derecho de los niños víctimas y testigos: a) a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en función de su edad y madurez, b) a ser informados. A su vez, determina que en la etapa de debate, la declaración testimonial de aquellos sólo será producida a partir de una entrevista con un psicólogo/a especialista en niñas, niños y adolescentes, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por el Tribunal, el juez, el fiscal, el abogado defensor o las partes. Ello porque la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes se encuentra seriamente comprometida en atención a su calidad de víctima o por haber sido testigo de delitos.

En esta línea, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, nos recuerda que *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales”*. En idéntico sentido, el art. 19 de la CADH regula que: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de la familia, de la sociedad y del Estado”*.

²² Lloveras, Nora “Los Derechos Humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual p.15 y ss, en “Los derechos de las niñas/os y adolescentes”. Córdoba 2010. Alveroni).

En forma coherente, el Preámbulo de las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos- incorporadas por el art. 41 del RPPJ, como se dijo - admite este estado de indefensión de los niños víctimas y testigos y dice: *“Reconociendo también que los niños que son víctimas y testigos de delitos son especialmente vulnerables y requieren protección especial, asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades especiales a fin de evitar que su participación en el proceso de justicia penal les cause perjuicios y traumas adicionales.”*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos humanos en su Opinión Consultiva 17/2002 al hacer referencia a los derechos y libertades de la persona humana resalta que entre estos valores fundamentales *"figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren una protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelva acerca de derechos de los niños"*.

Las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (E/2005/20) enumeran los principios que deben ser respetados en todos aquellos casos en los que hubiere niños y/o adolescentes víctimas o testigos de delitos. Ellos son: a) dignidad, b) no discriminación, c) interés superior del niño: derecho a la protección, derecho a crecer en un ambiente armonioso; d) derecho a la participación.

Asimismo, a fin de otorgarles especial protección a estos niños y adolescentes víctimas o testigos de delitos, las mencionadas Directrices realizan un reconocimiento expreso de sus derechos estableciendo que aquellos gozan de los siguientes derechos:

-Derecho a un trato digno y comprensivo

-Derecho a la protección contra la discriminación

-Derecho a ser informados acerca de: a) disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, b) mecanismos de apoyo a disposición del niño al momento de

hacer la denuncia y durante el proceso judicial; c) disponibilidad de medidas de protección, d) mecanismos existentes para revisar las decisiones que los afecten; e) los derechos que les corresponden, f) oportunidades para obtener reparación del delincuente o del Estado.

-Derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones: Los profesionales deberán hacer todo lo posible para que los niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos puedan expresar libremente sus preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, velando para que se los consulte y prestando la debida consideración a sus opiniones y preocupaciones. En el ámbito de la justicia penal y del RPPJ, el modo en que el niño debe ser oído se determina en el art. 43 de dicho régimen que establece que en la etapa del debate la persona menor de dieciocho (18) años, sólo será entrevistada por un/a psicólogo/a especialista en niños, niñas y/o adolescentes designado/a por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes. El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la persona menor de edad.

-Derecho a una asistencia eficaz: Acceso a Servicios de asistencia y apoyo, servicios financieros, jurídicos, de orientación, de salud, sociales y educativos, de recuperación física y psicológica y demás servicios necesarios para la reinserción del niño.

-Derecho a ser protegidos de sufrimientos durante el proceso: Los profesionales deberán tratar con tacto a los niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos a fin de: prestarles apoyo, incluso acompañando al niño en su participación en el proceso judicial; asegurarle que se han de utilizar los procedimientos idóneos y atinentes a aquellos niños que transiten por los tribunales, incluidas las salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas y testigos, salas de audiencias especiales, entre otros. Además los profesionales deberán aplicar medidas para: limitar el número de entrevistas, velar por que los niños no sean interrogados por el presunto autor del delito y asegurar que los niños sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados.

-Derecho a la seguridad: Cuando la seguridad de un niño víctima o testigo de un delito pueda estar en peligro, deberán adoptarse las medidas apropiadas para exigir que se comunique ese riesgo a las autoridades competentes y para proteger al niño de ese riesgo ANTES, DURANTE Y DESPUÉS del proceso de justicia.

-Derecho a medidas preventivas especiales: Los profesionales deberán elaborar y poner en práctica amplias estrategias e intervenciones adaptadas específicamente a los casos en que exista la posibilidad de que se siga victimizando al niño. En esas estrategias e intervenciones se deberá tener en cuenta la naturaleza de la victimización, incluida la derivada de los malos tratos en el hogar, la explotación sexual, los malos tratos en instituciones y la trata de niños.

-Derecho a la reparación: Siempre que sea posible, los niños deberán recibir reparación, a fin de conseguir su plena indemnización, reinserción y recuperación. La reparación puede incluir el resarcimiento por parte del delincuente por orden judicial, ayuda proveniente de programas de indemnización de las víctimas administrados por el Estado y el pago de daños y perjuicios ordenado en procedimientos civiles-. Siempre que sea posible, se deberá considerar el costo de la reinserción social y educacional, el tratamiento médico, la atención de salud mental y los servicios jurídicos-.

Este derecho a la reparación es una consecuencia de instauración de la Justicia Restaurativa. Cabe señalar que la reparación, idealmente, comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y el dañador, entre la víctima y la comunidad, y entre el dañador y la comunidad. En otros términos, la reparación del dañador a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego.²³ Esta perspectiva reconoce la confluencia de varios principios desde que la reparación intenta, al mismo tiempo, recuperar el papel de la víctima en el proceso, consolidar la función pacificadora del Derecho Penal y resocializar al delincuente.

²³ Kemelmajer de Carlucci, "Justicia Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", Rubinzal Culzoni.

III. Conclusiones.

En el marco del sistema de Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes, y en materia penal, celebramos el esfuerzo de la Legislatura de la Ciudad Autónoma ya que el Régimen Procesal Penal Juvenil, contenido en la Ley local 2451, recoge las mandas del sistema interamericano coadyuvando al pleno reconocimiento del adolescente como sujeto de derechos.

En este sentido, incorporó los estándares en clave de doctrina de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, con los efectivos principios de la llamada Justicia restaurativa y los postulados de aquello que en el ámbito penal juvenil se nombra como derecho penal mínimo.

Sin embargo, aun cuando los cambios paradigmáticos de los derechos de la infancia en los órdenes legislativo, judicial y administrativo requieren la sanción de normas jurídicas para realizarse y ser eficaces, nada podría modificarse si no son acompañados de nuevas pautas culturales. Los nuevos procedimientos o la modificación de estructuras que hoy son vetustas para el tratamiento de la niñez exigen, re- aprender, adquirir nuevos compromisos y una capacitación continua por parte de todos los operadores de los sistemas. Ello ha sido expuesto enfáticamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reciente caso *Fornerón vs Argentina*.