

Superación del modelo tutelar de niños ¿se lo creyó alguien?

Por Mario Rodrigo Morabito¹

Hace pocos días, el Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos, aprobó en el Acuerdo General Nº13/13 del 14 de mayo de este año, una norma práctica que establece el tratamiento que debe darse a las personas menores de edad que se vean involucrados en hechos presuntamente delictivos.

Ahora bien, para un análisis más profundo, transcribiré cada uno de los puntos de la mencionada norma práctica para luego dar mi punto de vista de lo que entiendo una vulneración del principio de especialidad² en materia penal juvenil.

En efecto, el Máximo Tribunal Entrerriano resolvió: ***“PRIMERO: en todos los casos que intervenga un menor de edad punible la investigación penal preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, interviniendo el Juez de Garantías como tal y el Juez Penal de Menores en materia tutelar quien, además dictará la sentencia y en su caso, su integrativa. En las jurisdicciones que carezcan de Juez Penal de Menores, el Juez de Garantías actuará como tal, en tanto que la sentencia y eventualmente su integrativa, será dictada por el Juez Penal de Menores que seguidamente se establece: Los de Concordia, hasta la efectiva implementación del Juzgado de Familia y Penal de Menores de Chajarí, lo harán respecto de Federal, Federación y Chajarí, el de C. del Uruguay, respecto de Tala, el de Gualeguaychú respecto de Gualeguay, el de Victoria respecto de Nogoyá”***.

PRIMERA OBSERVACIÓN

Hasta donde conozco, en la provincia de Entre Ríos se encuentra vigente desde el año 2008 la Ley 9.861³ en cuyo art. 2, de un modo claro establece: “... Con esta finalidad, la

¹ Juez de niños, niñas y adolescentes de Catamarca

² Consagrado no solo en la CDN – art. 40.2.3-, sino que también por las Reglas de Beijing –arts. 2.3, 6.1, 6.2, 6.3 y 22.

Provincia de Entre Ríos adhiere expresamente al compromiso internacional asumido por el Estado Argentino al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptando sus principios rectores y contenido normativo, los que se consideran, en lo pertinente, parte integrante y complementaria de la presente Ley, conjuntamente con las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores Privados de la Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) las que se publicarán como anexo de la presente Ley”.

El concepto de un **corpus juris** en materia de niñez se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes. La Comisión Interamericana se ha referido a este concepto señalando que: *“...Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia...”*⁴.

La Corte ha subrayado que el **corpus juris** sirve para fijar el contenido y los alcances del artículo 19 de la Convención Americana⁵ y es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos: *“...Tanto la Convención Americana*

³Publicación: Boletín Oficial 10/09/2008

⁴CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 72.

⁵Artículo 19. *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.*

*como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana... ”*⁶.

Por tanto, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, la **Convención sobre los Derechos del Niño de 1989** (en adelante “la CDN”)⁷, las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores** (en adelante “Reglas de Beijing”)⁸, las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad** (en adelante “Reglas de Tokio”)⁹, las **Reglas para la protección de menores privados de la libertad** (en adelante “Reglas de La Habana”)¹⁰ y las **Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil** (en adelante “Directrices de Riad”)¹¹, además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general. Más aún, la existencia de un *corpus juris* incluye también para efectos interpretativos las decisiones adoptadas por el **Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas** (en adelante “Comité de los Derechos del Niño”) en cumplimiento de su mandato, como la **Observación General No. 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores**¹².

Evidentemente, la adopción del *corpus juris* en materia penal juvenil, tal como lo hace el artículo 2 de la ley 9.861 de la provincia de Entre Ríos, implica y obliga al Estado provincial adecuarse a los nuevos estándares de derechos humanos allí establecidos; respetando

⁶Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 37 y 53; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

⁷Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

⁸Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

⁹Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

¹⁰Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

¹¹Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

¹²Adoptada por el Comité de los Derechos del Niño el 25 de abril de 2007.

ante todo un principio rector en materia penal juvenil cual es el de “especialidad”; sumado a otros de fundamental cumplimiento como el de excepcionalidad y mínima intervención.

Como se podrá advertir, el legislador entrerriano a través de la ley 9.861 dio el marco de especialización que exige la normativa internacional que específicamente menciona en el artículo segundo; no obstante, el Tribunal Superior al momento de emitir la norma práctica en cuestión hace exclusiva mención al **Juez Penal de Menores en materia tutelar**; afectando con ello la especialidad propia de la ley 9.861.

Nótese que el Título V (De la autoridad judicial de protección), Capítulo I (Organización y competencia) de la ley 9.861 en pleno respeto al principio de especialidad en materia de niñez, modificó la denominación de **“Juzgados Penales de Menores a Juzgados Penales de Niños y Adolescentes”**.

Para ser precisos en la observación, los artículos 60 y 61 de la ley 9.861 disponen: “**...Art. 60.** - *Los organismos judiciales de aplicación de la presente Ley, en el ámbito de sus respectivas competencias serán los Juzgados de Familia y los Juzgados Penales de niños y adolescentes y los juzgados o tribunales penales de juicio. **Art. 61.** - *A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, transfórmase la denominación y funciones de los actuales Juzgados de Familia y Menores en Juzgados de Familia y de los Juzgados Penales de Menores en Juzgados Penales de Niños y Adolescentes...*” (los destacados en negrita son propios).*

Entonces, ¿cómo es posible que el Tribunal Superior de Entre Ríos desconozca la denominación que corresponde a la propia organización judicial sobre la que tiene facultades de superintendencia?, más aún ¿cómo es posible que una norma práctica esté en contraposición de lo que establece una ley especializada y los tratados internacionales incorporados?

La respuesta es obvia, la norma práctica del Máximo Tribunal de Entre Ríos es inválida por vulnerar el principio de especialidad consagrado en la ley 9.861 que adhiere al paradigma del derecho internacional de los derechos humanos de los niños donde el principio de especialidad se encuentra fundamentalmente garantizado.

El derecho a tratamiento especial que gozan los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal no se limita a la institución de órganos especializados sino que se extiende de igual forma a los funcionarios y magistrados, es decir, a la formación y examen de los jueces penales de niños, niñas y adolescentes.

Todo ello implica que los órganos judiciales (jueces, fiscales, defensores oficiales) se encuentren capacitados y tengan competencia específica para actuar en el caso que los delitos sean cometidos por niños, niñas y adolescentes.

En particular, cuanto al juez penal de niños, niñas y adolescentes, la CDN demanda un perfil muy especial, y por eso el proceso de reforma y modernización de la justicia juvenil debe incorporar jueces especialistas.

Este mandato significa que el juez no solo debe conocer el derecho penal, sino que debe manejar adecuadamente el Derecho Penal Juvenil, con todas sus peculiaridades. En nuestro país toda la doctrina especializada en la temática penal juvenil que se consulte, recomienda la necesidad de exigir el respeto y cumplimiento del principio de especialidad y, por ende, exhorta a la designación de magistrados especialistas.

Una de las consecuencias de la ausencia de especialización de los juzgadores, se ha manifestado en las sendas condenas a prisión perpetua a niños, niñas y adolescentes

dictadas tristemente en nuestro país, que motivaron la intervención de organismos internacionales¹³.

La competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de facultades discrecionales de los jueces. Por ello, debe hacerse especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

SEGUNDA OBSERVACIÓN

Continuando con la cuestionada norma práctica, surgen interrogantes en cuanto a un claro desconocimiento de los nuevos paradigmas de la niñez, donde lo **TUTELAR** propio de la **SITUACIÓN IRREGULAR**¹⁴ ha sido remplazado por la **PROTECCIÓN INTEGRAL**¹⁵.

Sin embargo, la norma práctica es llamativa por el hincapié que realiza del proceso **TUTELAR** como la parte fundamental de un proceso penal, como así también, respecto a la procesabilidad de los niños de 14 y 15 años donde va a intervenir el Juez de Familia. Veamos como se ha pronunciado el Máximo Tribunal de Entre Ríos.

El punto **SEGUNDO** de la norma práctica el Superior Tribunal dispone: “**...SEGUNDO: En caso de menores no punibles intervendrá, de modo exclusivo, el Juez de Familia o el Juez Civil con competencia en Familia, una vez que el Fiscal determine la existencia del hecho y la autoría material por parte de un menor no punible...**”.

Antes que nada deseo poner énfasis, en que la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, derogó la antigua ley de Patronato 10.903 conocida como ley Agote.

¹³Véase la Sentencia del 14 de mayo del corriente año, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Mendoza y otros vs. Argentina en donde declaró la responsabilidad internacional del país por violación a los DD.HH de niños.

¹⁴Donde el niño era considerado “OBJETO DE PROTECCIÓN”.

¹⁵Donde el Niño es considerado y debe ser respetado como “SUJETO DE DERECHOS”

Por ende, es imposible que en el caso de jóvenes no punibles intervenga en una suerte de “asistencialismo” la Justicia de Familia; esa facultad, actualmente, corresponde a la autoridad administrativa¹⁶; de lo contrario se estaría retornando a un proceder propio de un sistema derogado¹⁷ que la propia ley 9.861 reconoce como tal¹⁸.

En cuanto a la regulación en el caso de los niños, niñas y adolescentes no punibles, la norma práctica incurre en una equivocación al tomar el pretendidamente abandonado sistema tutelar con posibilidad de aplicarle medidas a quien no es punible y previendo el trámite de un proceso investigativo penal.

Sobre el particular, entiendo que deberían activarse los mecanismos de la ley 26.061 y la autoridad de aplicación administrativa local. Máxime, cuando la propia ley provincial 9861 ha establecido de un modo claro que *“...Las autoridades judiciales de aplicación de esta Ley de protección integral, deberán archivar todas las causas de contenido asistencial, abiertas conforme a los criterios de las Leyes derogadas de patronato nacional N° 10.903 y provinciales N°s. 8490 y 9324, debiendo comunicar su archivo a la autoridad administrativa de aplicación para la continuidad de la intervención de ésta a través de las políticas públicas con criterios de articulación y corresponsabilidad con otras áreas gubernamentales si así se considerara necesario en un enfoque de derechos. Igual criterio deberá aplicarse para las causas iniciadas a partir de la vigencia de la Ley N° 26.061 a excepción de los casos en que se hubiera dispuesto una medida excepcional o debería resolverse de conformidad a lo previsto en el artículo 64 inciso o) de la presente Ley...”*¹⁹.

Quizás, en el respeto pleno al nuevo paradigma de la niñez, el Máximo Tribunal de la provincia de Entre Ríos, pudiera haber dispuesto en el caso de los jóvenes no punibles que

¹⁶La única forma de intervención posible de la Justicia de Familia en los términos del actual paradigma de protección integral establecido en la ley 26.061, es mediante el control de legalidad de una medida excepcional dictada por la autoridad administrativa en protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Véase art. 40 de la citada ley).

¹⁷Ley Agote N° 10.903

¹⁸Art. 80 tercer párrafo de la ley 9.861 de Entre Ríos.

¹⁹Art. 80 tercer párrafo de la ley 9.861.

una vez comprobada la existencia de un hecho calificado por ley como delito y presumida la intervención de un niño o adolescente no punible, el Fiscal de Instrucción de la Niñez, deberá elevar inmediatamente las actuaciones ante el Juez de Control de Garantías de la Niñez o Juez Penal de Niños y Adolescentes²⁰, quién las comunicará en forma urgente a la autoridad de aplicación administrativa de la ley 9.861 a los efectos de asumir la intervención, cesando la actuación judicial penal.

Por supuesto que durante ese sumarísimo trámite, el niño o adolescente no punible tendrá derecho a ser oído en todo momento, a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, debiendo contar con la presencia de sus padres o adulto responsable y, bajo pena de nulidad, con el asesoramiento y asistencia de un defensor técnico oficial o de confianza desde el inicio mismo de la actuación.

A MODO DE CONCLUSIÓN

En las postrimerías de este libelo, deseo poner énfasis en que el tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley no ha dependido tanto de la instancia tutelar que implementaba el tratamiento, ni en realidad tampoco tanto de la ley. Las instancias han cambiado, la ley se modificó, pero las mentalidades parecen quedar con un tratamiento basado en una visión del joven en conflicto con la ley como peligroso²¹.

Esa mentalidad, parece ser la que ha tenido el Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos en el tratamiento y dictado de la norma práctica estudiada. No obstante, es bueno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **FORNERÓN E HIJA vs. ARGENTINA**²² declaró la responsabilidad internacional del país, exhortando al Estado a ***“...implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos,***

²⁰Según art. 61 de la ley 9.861.

²¹Auto Interlocutorio N° 7 del Juzgado de Menores N° 2 de Catamarca.

²²Sentencia del 27 de abril del 2012.

particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación...”. Creo que es hora de comenzar.