

PENADOS, ASISTIDOS, TUTELADOS
Variaciones sobre la Acordada 13/13 del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos

Hugo Alejandro Haimovich
Abogado-Docente/Investigador Universidad Nacional de Entre Ríos
Docente postgrado de Infancia y Políticas Públicas de la UNER-SENNAF.

La Acordada 13/13 del S.T.J.E.R. que establece “normas prácticas en materia penal de menores” generó un debate por momentos destemplado a partir de las críticas que realizara desde la Asociación Pensamiento Penal el Dr. Mario Morabito¹; la respuesta a Morabito a través de medios de comunicación por parte del Vocal del Superior Tribunal Dr. Carlos Chiara Diaz² y los aportes del Defensor de Pobres y Menores Pablo Barbirotto en el último número de la revista de la Asociación.³

Aquí pretendemos presentar nuevos elementos al debate.

1- Vacíos y opciones.

La ley de Patronato de Menores 10913 (1919) trajo como “novedad” la necesidad de la fundación de instituciones y saberes específicos para el gobierno de la minoridad. Entre ellos, la “vedette” orgánica la constituían los Tribunales de Menores por los cuales se venía bregando en los foros internacionales y revistas especializadas desde el siglo XIX

Sin embargo, el proceso de construcción de las agencias e instituciones requeridas distará de ser inmediato o automático. El primer Tribunal de Menores de Argentina fue el creado el 3 de enero de 1938, en Buenos Aires, seguido en 1939 por los de Mendoza y Santa Fe. En la provincia de Córdoba se constituirá un tribunal oral en 1942, mientras, el Patronato Nacional de Menores comenzará a funcionar en 1931.

En la provincia de Entre Ríos la institucionalización de los tribunales de menores se dará en forma tardía, creándose el primer juzgado penal de menores recién en 1991. Diez años más tarde se creará el fuero de familia con dos juzgados de familia y menores, conservándose el juzgado penal para las causas criminales, juzgado que hasta el día de hoy solo existe en la capital provincial con la denominación “Juzgado Penal de niños y adolescentes”.

¹ <http://www.pensamientopenal.org.ar/consideran-inconstitucional-una-norma-que-dicto-el-stj-sobre-minoridad/>

²

http://www.lavoz901.com.ar/despachos.asp?cod_des=176958&ID_Seccion=19&fecemi=30/07/2013&Titular=chiara-diaz-respondio-las-criticas-al-maximo-tribunal.html

³ <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/situacion-actual-del-proceso-penal-ninos-adolescentes-provincia-entre-rios>

Al igual que en el resto de las jurisdicciones, mientras no se crearan los tribunales de menores la competencia que atribuía la Ley Agote se asignó en general a los Juzgados Penales y al Ministerio Pupilar.

Los organismos técnicos administrativos comienzan a institucionalizarse en la provincia en la década del 40, culminando en la creación del Consejo Provincial del Menor (hoy Consejo de la Niñez, Adolescencia y Familia) en 1958.

No obstante la morosidad en la institucionalización de un sistema adecuado a lo prescripto por la Ley de Patronato, se dieron en el contexto provincial una diversidad de discusiones, propuestas, intentos y debates sobre las instituciones y normas necesarias y la adecuación de las preexistentes. Asimismo, al igual que en el orden nacional, preexistían un conjunto de instituciones benéficas o de caridad, en su mayoría relacionadas con la Iglesia Católica, que dirigían diversos institutos de encierro (cerrados, semicerrados o abiertos) cuyo funcionamiento no se altera en forma sustancial con la sanción de la Ley 10903, mas allá de los cambios que se produjeron en relación a un cierto número de ellos en cuanto a su relación funcional y económica con el Estado Provincial.

La jerarquización constitucional de la Convención de Derechos del Niño en 1994 presentó un gran desafío a los Estados Nacionales, compelidos a adecuar integralmente su legislación en materia de infancia y adolescencia desde un nuevo paradigma que sostenía a los niños y adolescentes como sujetos de derecho antes que objeto de tutela. Ese desafío fue afrontado por la Nación argentina de manera lável y parsimoniosa. Hubo que esperar 11 años desde la jerarquización constitucional de la CDN para que el Congreso derogara la Ley de Patronato y sancionara una ley de protección integral adecuada a la Convención.

Sin embargo aún hoy Argentina carece de un régimen de Responsabilidad Penal Juvenil en sintonía con los estándares internacionales, perviviendo el decreto ley 22278 de régimen penal de menores, acuñado bajo el prisma del paradigma tutelar.

Ante la ausencia de un Régimen de Responsabilidad Penal Juvenil los operadores judiciales (de fueros especializados o no) que intervienen en la problemática del niño/adolescente en conflicto con la ley penal y los poderes estatales actúan de manera disímil y pendular. En algunas jurisdicciones provinciales existen dispositivos procesales a tono con el paradigma de la protección integral, otras jurisdicciones, como el caso de la entrerriana, carecen de ellos. Diversos operadores judiciales han solicitado o decidido la inconstitucionalidad de la ley 22278. Diversos operadores la continúan aplicando. Finalmente una tercera posición transita por caminos intermedios, configurando intervenciones político/jurídicas que intentan recorrer líneas de “equilibrio”, no cuestionando la constitucionalidad del régimen penal de menores no derogado y sin embargo intentando aplicar alternativas en torno a la protección y sostenimiento de los derechos y garantías de los menores de edad.

La propia Corte Suprema de Justicia, en el caso “Mussa” dio muestras (fallidas en nuestra consideración) de estos intentos de “equilibrio” al revocar resoluciones de tribunales inferiores que declaraban la inconstitucionalidad de la norma, bajo el argumento de la ausencia de contención estatal y/o familiar para con las personas que debían ser dejadas en libertad. Ello aún cuando algunos de sus integrantes, como el Dr. Zaffaroni o la Dra Argibay, declaraban públicamente que la ley 22278 era notoriamente inconstitucional.

La situación en la provincia de Entre Ríos resulta compleja, como bien apunta el Dr. Barbirotto. Entre Ríos, como hemos dicho, ha implementado un solo juzgado penal de Menores en la capital provincial. El nuevo Código Procesal Penal de la provincia no contiene dispositivos referidos a la problemática del niño/adolescente en conflicto con la ley, una grave omisión legislativa. Ante el vacío legal el S.T.J. podía haber tomado distintas opciones.

A nuestro entender optó por una vía que, más allá de las intenciones, vulnera derechos y garantías de rango constitucional y se enrola nítidamente en el paradigma tutelar.

2- Normas Prácticas que van al fondo.

La Acordada 13/13 establece tres elementos fundamentales, uno de ellos razonable y dos que transitan cuestiones de fondo reactivas al paradigma de la protección integral:

a) Establece que 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” quien, además dictará la sentencia y en su caso, su integrativa. En el caso de las jurisdicciones que carezcan de juez penal la función del “juez de menores” se le atribuye al Juez de Garantías⁴.

b) Establece que el Juez de Menores interviene en materia “tutelar” (y cuando no lo haya se interpreta lógicamente que dicha función corresponderá al Juez de Garantías) y

c) Establece que en el caso de menores no punibles intervendrá, **de manera exclusiva**, el Juez de Familia o juez Civil con competencia en familia.

En relación a los ítems b) y c) bien apuntaba Rodrigo Marabito que las mismas implican una involución en relación al paradigma de la protección integral retornando a concepciones paternalistas y autoritarias vinculadas a la tutela y reconfigurando una suerte de Patronato sui generis al asignar funciones al fuero de familia que corresponden a los organismos técnicos administrativos de acuerdo a la ley 26061.

⁴ Como lo expresa Barbirotto en su artículo, la asignación de funciones y competencias a operadores judiciales ante la ausencia de un vacío legislativo constituye una solución transitoria que goza en nuestro entender del suficiente grado de razonabilidad. El nuevo sistema penal entrerriano es de neto sesgo acusatorio por lo cual resulta pertinente que sea el Ministerio Fiscal quien tenga a cargo la investigación y el “Juez de Menores” (o en su caso el Juez de Garantías) quien dicte sentencia.-

Amplificando dicha argumentación podríamos señalar que el Comité de Derechos del Niño de la ONU en su Observación N° 14⁵ reafirma que lo que el adulto considere Interés Superior no puede primar sobre la obligación de respetar el plexo de derechos reconocidos en la CDN. Especifica que el ISN es un concepto triple: 1) un derecho sustantivo, 2) una pauta hermética y 3) una pauta procedimental. Define las obligaciones de los Estados en cuanto al respeto e implementación del derecho del niño a que su interés superior sea considerado de manera primordial. Entre ellas la obligación de explicar y fundamentar como se ha evaluado y/o determinado el ISN en los casos concretos y cual es la importancia que se ha dado a la categoría en la decisión.

Entre las medidas que deben adoptar los Estados de acuerdo a la O.G. 14 se encuentra "Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el artículo 3, párrafo 1, y velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que repercuten en ellos, y los procedimientos judiciales y administrativos a todos los niveles, como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento".

Asimismo define en qué consiste la evaluación del ISN: "La evaluación del interés superior consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior".

La observación se enlaza fuertemente en el enfoque de autores como Miguel Cillero Bruñol en el sentido de considerar al ISN como un piso de derechos y garantías blindado e impenetrable ante la discrecionalidad de los operadores judiciales y demás adultos. El ISN aquí es considerado un principio garantista, en palabras de Cillero Bruñol: "no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar

⁵ Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea considerado de manera primordial.

una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen"⁶.

No resulta sobreabundante recordar que el "Comité sobre los Derechos del Niño" determinó que las reglas de Naciones Unidas para los menores privados de la libertad, las reglas de Beijing, las de Tokio, las directrices de Riad y las recomendaciones del Comité integran la interpretación de la Convención.

Estos derechos y garantías obrantes en los instrumentos internacionales implican obligaciones proactivas para el Estado aparejando responsabilidad internacional ante el incumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar los igualdad, legalidad y no discriminación como así también los derechos y garantías del derecho judicial eficaz.

Establecer, mediante una Acordada, una suerte de reconfiguración sui generis del régimen de Patronato en cabeza del Poder Judicial, erosionando las facultades de los organismos técnicos administrativos, constituye en nuestro criterio, y acordando con Morabito, una situación problemática en la cual la norma reviste cualidades claras de inconstitucionalidad.

3- Significados y Roles

Una cuestión en apariencia poco significativa surge de la utilización en la Acordada de términos específicos como "menores" o "tutela", inclusive en contradicción con la propia denominación del órgano judicial (juez penal de niños y adolescentes a quien la Acordada se refiere como Juez Penal de Menores.)

Sin embargo la cuestión no es, justamente, "menor". Tales términos refieren normativa y culturalmente a un paradigma tutelar que ha estado vigente en su integralidad por más de 80 años y que aún continúa expresándose en nuestras prácticas y tradiciones, en las de los operadores y en las de las instituciones, en las de los medios de comunicación e incluso en ciertos espacios académicos.

Dichos términos tienen una carga simbólica profunda. El paradigma tutelar se constituyó históricamente en la respuesta estatal especializada para atender las demandas de la cuestión social vinculadas a ese colectivo heterogéneo que denominamos modernamente como "la infancia". Precisamente, esta heterogeneidad se configuró como uno de los obstáculos mas importantes para que aquella respuesta se vuelva eficiente en términos de una economía política de la gubernamentalidad estatal, por lo que debió ser simplificada desde una mirada binaria que abría al interior de la

⁶ Miguel Cillero Bruñol, EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

categoría dos grandes espacios, el de la minoridad y el de la niñez, espacios que serán objeto de políticas, normas, intervenciones y discursos diferenciados⁷.

El menor entonces sería el destinatario fundamental de la tutela pública construyéndose como el portador privilegiado de las cualidades de “abandonado” y “delincuente”, cualidades ambas que lo configuran a la vez como un sujeto en peligro (para si) y peligroso (para la sociedad).

El “Menor” ante el “Niño” es un careciente, posee capitis diminutio, es decir, disminución en el derecho; carece de familia, de escuela, de padre, de oportunidades, de identidad, de voz. Los términos no son neutrales, más allá de las intenciones. La forma en que se nombra anticipa la lógica de la intervención.

Este contexto sumado al antecedente provincial en el caso Fornerón, citado por Morabito, implica la necesidad de debatir en profundidad las obligaciones y opciones que los poderes públicos entrerrianos detentan en torno a los derechos de la infancia y adolescencia.

Los operadores judiciales deben responder sin dudas ante la emergencia, pero aún estas respuestas deberían estar solidamente fundamentadas en el respeto de los derechos y garantías de los niños y adolescentes. La emergencia no puede servir de fundamento a soluciones que vulneren la integridad de los menores de edad. El Poder Judicial se encuentra legitimado para exigir a los restantes poderes públicos el cumplimiento de la normativa nacional e internacional y demandar que se adopten todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para la satisfacción de la pauta del interés superior, en la triple dimensión que explicita la Observación general 14 del CDN de ONU.

Finalmente los operadores judiciales, si se trata de enrolarse decididamente en el paradigma de la Convención de Derechos del Niño, deberían, en nuestro criterio, demandar y resolver sin cortapisas la inconstitucionalidad del régimen penal de menores establecido por la ley 22278, como un prerequisite indispensable en el arduo proceso de satisfacción del interés de uno de los sectores mas vulnerable de nuestra sociedad.

⁷ Sin embargo las categorías construidas al interior de la infancia no se agotan aquí. Los menores que trabajaba en sectores productivos, alejados de la situación de calle constituyeron otro colectivo al cual no estarán destinado, prima facie, los dispositivos tutelares aunque tampoco encuadrarán dentro de la categoría del niño alumno o hijo.