

¿Cárcel o calle? Una mirada desde el Punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la provincia de Córdoba*

Homeless childhood or prison? A Punitivism approach from the Juvenile Justice from the Province of Córdoba

Por Hernán Franco Papa y María Victoria Rustán**

ORCID N° 0000-0002-9683-3458 - ORCID: 0000-0001-5585-1855

Resumen: Este trabajo se basa en el análisis efectuado al art. 87 inc. c) de la ley 9944 de la provincia de Córdoba, el cual, aun adscribiendo al paradigma de la protección integral, denota reminiscencias del viejo paradigma de la doctrina de la situación irregular, con corte netamente punitivista.

Con dicha norma y sus implicancias, se termina poniendo en pie de igualdad a quien cometió un delito, es decir, al que le corresponde una medida de internación penal en un lugar que impida su internación (detención), con aquel, aún inimputable, que por un mínimo conflicto con la ley penal y por no contar con una adecuada contención familiar o social, recibe igual un trato punitivista. Ello en una lógica un tanto impermeable, que se traza entre calle y cárcel. El artículo desentraña, en definitiva, que dicho inciso adopta la estructura lógica de un dilema ¿Cárcel o Calle?, en el cual, cualquier decisión que se tome produce un mal. El dilema – cuyo análisis, se verá, implica una profundización epistemológica- se configura en ambas situaciones, y produce un ataque contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que deberían estar en libertad y bajo la guarda de sus progenitores, tutores o guardadores, o en definitiva, bajo la guarda que designe la autoridad administrativa. Inocuidad que produce los debates aquí producidos.

Palabras claves: dilema – cárcel – derechos – punitivismo – justicia penal juvenil

*Recibido el 30/08/2017. Aprobado para su publicación el 5/08/2018

**Poder Judicial de Córdoba – Universidad Nacional de Córdoba. Correo Electrónico: hernanfranco24@hotmail.com - rustanvictoria@gmail.com

Abstract This paper is based on the analysis made to article 87 inc. c) 9944 law of the province of Cordoba, which still contributes to the comprehensive protection paradigm, denotes reminiscent of the old paradigm of the doctrine of the irregular situation with seems, still, with a strong features of punishment pattern. This rule and its implications, is completed by placing equal who committed a crime, i.e. corresponds to which a measure of criminal internment in a location that prevents its internment (detention), with that one, even under the minimum legal age for punishment, that by a minimum conflict with the criminal law and by not having a proper family or social containment, is equal to a certain punishment treated. This in a kind of logical dilemma, ¿jail or street?, in which any decision taken produces a damage. The dilemma - which analysis, we shall see, implies an epistemological deepening - is set in both situations, and produces an attack on the rights of children, girls and teenagers, who should be released and in the custody of their parents, tutors or saved for the Social Services work. All those things, make a arguments to discuss this kind of papers.

Key words: dilemma - Prison - Derechos- punishment – juvenile criminal justice.

Introducción

Los conflictos en las relaciones humanas, a lo largo de la historia, han reclamado al sistema jurídico respuestas equitativas. En particular, los conflictos con la ley penal de los niños, niñas o adolescentes (en adelante NNA), han redirigido el estudio del impacto social del derecho hacia una menor punición y hacia una mayor intervención multidisciplinaria para atender transversalmente sus implicancias.

En ese contexto, el derecho de las sociedades latinoamericanas modernas, no ajenas a esta problemática, muchas veces han transitado caminos inciertos para solucionar equitativamente dichos conflictos. Se vio, incluso, como el sistema jurídico se recrudecía contra los NNA, bajando imputabilidad, negando derechos, equiparándolos negativamente a los mayores de edad, no cumpliendo las mandas convencionales etc.

Luego de superada esa etapa, se planteó un desafío que giró en torno a adecuar el paradigma de la protección integral postulado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, 1989 (en adelante la Convención), y los demás estándares internacionales, a la legislación local, tratando de confinar al abandono el influjo paternalista del paradigma anterior, denominado “doctrina de la situación irregular”, en el cual, como en el caso que presentaremos, prácticamente, el Estado pune la situación de exclusión social mediante la intervención judicial, acentuándose cuando los resortes de apoyo a la función parental, fallan.

Centrando nuestro análisis en Argentina, precisamente en la provincia de Córdoba, el presente trabajo va a tratar sobre una medida tutelar y proteccional que ampara la ley 9944, denominada Ley de Protección integral de los derechos de los NNA, en su art. 87 inc. C, tratando de analizar, si así, se respetan las mandas de la Convención.

En esta atmósfera, podemos afirmar que en el sistema del derecho Penal Juvenil propuesto por la mencionada ley provincial nº 9944, existen distintas medidas tutelares que, estando destinadas a paliar de alguna forma a la situación de vulnerabilidad, muchas veces se convierten en verdaderas medidas penales con corte punitivista. Una de las razones que se encuentran para este fenómeno son dos: una cierta delegación funcional que se ha hecho, normativamente, desde el poder ejecutivo hacia el poder judicial, con sus implicancias; y la segunda a que la misma normativa convencional impide al Estado cumplir sus fines si un NNA no se encuentra amparado en algún marco familiar o institucional.

De esta forma, y aquí expondremos nuestra tesis, por aquél loable fin, se termina poniendo en pie de igualdad a quien cometió un delito, es decir, al que le corresponde una medida de internación penal en un lugar que impida su internación (detención), con aquel NNA, incluso inimputable, que por un mínimo conflicto con la ley penal y por no contar con una adecuada contención familiar o social, recibe igual un trato punitivista. Ello en una lógica un tanto impermeable que se traza entre calle y cárcel.

Este trabajo pretende entonces exponer las consecuencias de la yuxtaposición advertida en el régimen penal juvenil de la provincia de Córdoba, en torno a una medida tutelar que en la práctica no se diferencia con la medida netamente penal, la cual que se da cuando el NNA en conflicto con la ley penal, si tuviera familia o adecuada contención, recuperaría su libertad bajo la guarda de sus progenitores o familiares art. 87 inc. A ley 9944. Al no poderse concretar dicha guarda, a la falta de éstos, su ausencia parcial o total, y la falta de familia extensa o mayor de edad que lo contenga para cumplir con las otras mandas del proceso, dicho NNA, por el sistema normativo trazado, resulta encarcelado en función del art. 87 inc. C) ley 9944 como medida tutelar, relegando su intervención preventiva el Poder Ejecutivo ante la presencia del delito que dio origen a la medida. De este modo, la intervención de los organismos administrativos, como un ente residual, quedaría reservado para los casos que no se visualiza un delito penal y un NNA no tiene contención familiar. Lo cual, claramente, redundaría en un perjuicio para el interés superior que la propia ley pretendió proteger.

Algunas de las contradicciones que pretendemos presentar con algún viso de solución.

Paradigmas del derecho penal Juvenil Cordobés

Como ya se puso de relieve en la introducción, dos son los paradigmas que convergen en el problema planteado, uno supuestamente superado que resurge, a veces, más fuertemente de lo esperado.

El Paradigma Tutelar: Doctrina de la situación irregular. En 1919, se sanciona la Ley de Patronato, cuyo mentor fue el Dr. Luis Agote (llamada “ley Agote”), basada en la *doctrina de la situación irregular*, donde discrecionalmente el juez podía intervenir

en cualquier situación donde un niño se hallara en peligro moral o material.¹ Estos tenían amplias facultades para intervenir judicial y extrajudicialmente, siendo su ámbito específico toda situación en la que un NNA estuviera en peligro moral o material. De esta manera los mecanismos de control social anuncian e instauran la institucionalización y la privación de la libertad como métodos de normalización.

Así, las reformas jurídicas relativas al Derecho de la Infancia, llevadas adelante en América Latina pueden agruparse en dos amplios momentos (García Méndez, 1995): la primera etapa, de 1919 a 1939, introduce la especificidad del derecho de menores y crea un nuevo tipo de institucionalidad: la justicia de menores. Y una segunda etapa que comienza a partir de 1990 y continúa abierta. La impronta de esta primera etapa selló el control socio penal sobre niños y adolescentes, estableciendo acciones y políticas que vulneraban sistemáticamente sus derechos.

La *Doctrina de la situación irregular* estaba destinada, en definitiva, a la infancia pobre. Albergaba una concepción de “menores” desprotegida, subsumiendo un modelo de justicia en la noción tutelar sobre el niño, utilizada como herramienta estratégica de intervención no sólo sobre los autores de los delitos, sino fundamentalmente sobre aquellos NNA en una situación que no era la “regular” sino de abandono, peligro material y moral, mayormente conocidos como menores abandonados (de allí, la ley del Patronato de menores, y la casa de la infancia pobre, por ejemplo). La noción de “menor incapaz” regó estas prácticas despojándolos de todo tipo de derechos.

Bajo este paradigma, se dictó el “Régimen Penal de la Minoridad” consagrado en la todavía vigente ley 22.278², acogido durante la última dictadura militar. Legislación que actualmente regula y administra la comisión de delitos por parte de las personas menores de 18 años de edad. Esta legislación responde a la mencionada doctrina de la “situación irregular” donde los “NNA” son considerados meros objetos de protección.

Precisamente en nombre de esa protección es que el juez, como representante de un estado paternalista, dispone discrecionalmente de la vida del menor, generalmente sin plazo, ante la mera sospecha de que hubiera cometido algún delito o incluso cuando –a su criterio- pudiera encontrarse en riesgo, como se dijo, por algún motivo.

Del Paradigma Tutelar, basado en la ya citada Ley de Patronato –que respondía a la doctrina de la situación irregular- se pasó al llamado Paradigma de la Protección Integral, fundado en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) –aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y recibida en Argentina por la ley 23.849 de octubre de 1990. En el caso de los “menores infractores” o “jóvenes delincuentes”, la CDN se completa con las siguientes reglas y directrices: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, 1990) y las Reglas

¹ A finales del XIX, se inicia formalmente el proceso de control socio penal de la infancia con la creación de Instituciones de corrección de menores, siendo su máximo exponente el Patronato de la Infancia, fundado en el año 1892. Estos tenían amplias facultades para intervenir judicial y extrajudicialmente, siendo su ámbito específico toda situación en la que un niño estuviera en peligro moral o material. De esta manera los mecanismos de control social anuncian e instauran la institucionalización y la privación de la libertad como métodos de normalización. (Garello, 2012: 163).

² Promulgado el 25.8.1980, publicado en el B.O el 28.8.1980.

mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, 1990) conformando la llamada “Doctrina de las Naciones Unidas de la Protección Integral de la infancia”.

El nuevo paradigma de la protección integral, parte de considerar a los niños/as y adolescentes como sujetos de derecho y tiende a la protección y desarrollo integral en relación a la custodia y protección de todos sus derechos humanos (en adelante DDHH). En este marco se incluyen todos aquellos DDHH de los que son titulares todas las personas, más los que les corresponden específicamente por su calidad de sujetos en formación.

La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica”. Ser niño o niña no es ser “menos adulto”. La CDN permitió que el niño y la niña hayan dejado de ser considerados como “objeto de tutela” y se constituyan en “sujetos de derecho” en el DIDDHH de fuente universal.

En esta atmósfera, los niños/as y adolescentes tienen derechos y se les reconoce la capacidad de ejercerlos por sí mismos, desarrollándola progresivamente. En esta línea, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 26 recepta el principio de capacidad progresiva que propone la legislación convencional, expresando que si bien las personas menores de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Entre conflictos de intereses con sus representantes puede pedir asistencia letrada, tiene un innegable derecho a ser oído y puede disponer de su propio cuerpo en tratamiento no invasivos desde los trece años, siendo considerado para las decisiones atinentes a su propio cuerpo como un adulto a los dieciséis años de edad.

De esta forma “se supera el argumento tradicional de sentido inverso: que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que los niños y las niñas carecen de autonomía”. Los poderes de los padres y madres “no son poderes ilimitados, sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño, que en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado”. Sólo ante una necesaria intervención para restaurar derechos conculcados.

De esta forma, al Estado le corresponde respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres asumiendo el principio de no injerencia arbitraria en la vida familiar. Ni el interés de los tutores, ni el del Estado pueden ser considerados el único interés para la satisfacción de los derechos del niño, niña y adolescente: la infancia tiene derecho a que su interés se considere prioritario en el diseño de las políticas.

No obstante tener rango constitucional por imperativo de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), Argentina siguió aplicando, en materia de minoridad, el régimen penal previsto en el decreto ley 22.278, bajo el antiguo paradigma, siendo una de sus consecuencias el instituto que aquí se pretende analizar.

El Fallo Mendoza. Implicancias

La ley 22278, aún vigente, en rigor científico ha sido considerada contraria a los estándares internacionales que rigen en materia de justicia penal juvenil. Así lo ha

establecido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) en el caso “Mendoza”³, en una sentencia que no sólo determinó cuáles eran los derechos que se vulneraron en el caso, sino que además ordenó a la República Argentina, entre otras medidas, que cumpliera con su obligación de adecuar su legislación interna a los estándares de la C.D.N, con la consecuente adscripción, claro está, al modelo de la protección integral.

Vale aclarar, que la CIDH cuestionó su aplicación –conjuntamente con el Código Penal- en relación con la determinación de penas perpetuas y su régimen de ejecución respecto de jóvenes que habían delinuido antes de adquirir la mayoría de edad.

También le ordenó la adopción de políticas públicas adecuadas para prevenir la delincuencia juvenil (a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los NNA, incluyendo la difusión de los estándares internacionales sobre sus derechos y la obligación de brindar apoyo a los NNA más vulnerables, así como a sus familias), reconociendo así que ese aspecto constituye un eje fundamental íntimamente vinculado con la justicia penal juvenil, la que sólo interviene cuando falla la prevención. Conclusión que se funde con el tema planteado de un modo directo.

El Sistema normativo actual

En este punto, presentaremos sucintamente los parámetros de las leyes que actualmente regulan en Derecho Penal Juvenil y de la minoridad, su relación con demás ordenamientos y la participación activa del poder ejecutivo a través de la Secretaría de Niñez Adolescencia y Familia (en adelante Se.N.A.F), quien resulta ser el organismo de aplicación de la ley 9944 de mención, organismo con el cual se articulan numerosas medidas, desdoblando en parte el proceso en el fuero de Niñez y Juventud, en una primer etapa administrativa y una segunda etapa judicial, que se da en el caso del control de legalidad de las medidas excepcionales tomadas por la Se.N.A.F en el marco de lo dispuesto por el art. 48 y Sgtes de la ley 9944, lo que antes correspondía a los antiguos juzgado de menores preventivos.

La Ley Nacional 26.061 y ley provincial 9944

En cumplimiento de las observaciones hechas hacia Argentina, se dictó la Ley Nacional De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes, n° 26.061⁴ una ley marco para adecuar la legislación interna a lo convenido internacionalmente. Ley a la cual se adhirió la provincia de Córdoba en el año 2011, a través de la ya citada ley n° 9944⁵, creando el fuero denominado Niñez y Juventud, en el cual se delimita el ámbito de la antigua “prevención”, a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F), mientras que el poder judicial y el Ministerio Público Fiscal entienden en los procedimientos penales juveniles, denominado fuero “Penal Juvenil”, todo ello ajustado ahora al paradigma de protección integral, bajo la luz de los estándares internacionales.

³ CIDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, sentencia de fecha 14 de mayo de 2013, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

⁴ Sancionada: Septiembre 28 de 2005, promulgada de hecho: 21.10.2005

⁵ Sancionada: abril 05 de 2011, publicada: B.O..03.06.2011

Las medidas provisionales. Medida art. 87 inc. c) de ley 9944

En este marco, en el fuero Penal Juvenil existen distintas medidas por las que el juez puede disponer provisoriamente de un NNA en conflicto con la ley penal durante la investigación preparatoria, hasta su disposición definitiva.

El artículo 87: denominado “Medidas provisionales”, nos ilustra de una serie de medidas que se pueden tomar durante la investigación, trazando una progresividad directamente relacionada con la situación actual del niño o adolescente que se proyecta a partir de distintas variables: la modalidad del hecho, sus antecedentes, el contacto directo con el NNA y sus guardadores, con lo cual el juez podrá disponer provisoriamente, en interés de la niña, niño o adolescente, de manera progresiva:

- a) Su mantenimiento en el medio familiar o su cuidado bajo la guarda a un tercero cuando se satisfagan ciertos requisitos;
- b) La sujeción de la guarda a un régimen de libertad asistida;
- c) Su atención integral a través de programas, proyectos o centros de protección integral cuando la niña, niño o adolescente careciera de familia o de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la guarda y apoyar la libertad asistida;
- d) La atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar;
- e) Su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad una vez evaluada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas precedentemente.

Como se ve, se estatuye un orden creciente y necesariamente progresivo de intervención estatal hasta llegar a la atención integral, de manera excepcional, en un establecimiento idóneo cuyo régimen incluya medidas que impidan su externación por su sola voluntad (art. 87 inc. E), siempre que hubieran fracasado las medidas alternativas dispuestas con anterioridad, ya que dicha internación implica asimilar, en la práctica, tal atención a un verdadero régimen penitenciario.

Ello, como solución penal de última ratio, deriva en la inevitabilidad de contar con una solución de corte **punitivista**, que la asimile la sanción preventiva prevista para un mayor a un NNA en conflicto con la ley penal, aunque, ciertamente atenuada por los beneficios propios del régimen al cual se encuentra sometido.

Nuestro análisis, como ya lo adelantamos, se dirige a presentar la hipótesis de aplicación de las medidas proteccionales penales que implica el inc. C) del mencionado art. 87 de la ley 9944 y sus consecuencias, a través de un estudio transversal de las instituciones que participan en su aplicación.

En dicha norma se visualiza, como ya se lo adelantó, una superposición de competencias, pese a lo cual la misma ley ha optado que sea dispuesta esta medida por el tribunal actuante, en una clara declinación normativa de competencias del poder Ejecutivo al Judicial cuando el NNA desamparado ha cometido a su vez un delito penal, lo cual no es poco usual, por cierto, en nuestro país.

El caso sería el de un menor inimputable (menor de 16 años) o bien imputable y no punible (de 16 o 17 años que haya cometido un delito con pena privativa de la

libertad menor o igual a dos años), o punible incluso que participe en la supuesta comisión de un delito aislado y de poca entidad penal, (adolescente de 16 o 17 años que robó, insignificadamente, de manera aislada). En tal caso, sería de aplicación directa, en principio, el inc. A del mencionado art. 87 ley 9944 de cita, es decir la entrega a sus guardadores con los requisitos y condiciones de ley, previo contacto directo y audiencia con el tribunal que lleve a fundar tal decisión basada en su mismo interés superior si de esa forma se lo puede asegurar.

En dicho contexto, la superposición de competencia se da cuando no existen familiares o guardadores, o terceros mayores de edad y responsables de dichos NNA que puedan y quiera ejercer efectivamente su guarda. En ese caso, ya habiendo participado los mismos en la supuesta comisión de un hecho delictivo, parecería ser que la Se.N.A.F deposita su acción de prevención en el tribunal para que proceda por el inc. C., no teniendo otra opción el Juez Penal Juvenil, al menos normativamente, que disponer provisoriamente del joven en un instituto carcelario hasta que alguien pueda garantizar que en libertad no se conculcarán otros derechos. Derechos que la ley presume más valiosos que la libertad ambulatoria, por cierto. “Cárcel o Calle”, como aforismo que resuena de fondo, y que puede verse aplicado en este caso.

Es decir, este inciso C del art. 87, para el Juez Penal Juvenil, toma la estructura lógica de un dilema (Weston, 2005: 28-29), en el cual, cualquier decisión que se tome produce un mal. En este caso el dilema es ¿Cárcel o Calle?. En ambas situaciones, se produce un ataque contra los derechos del NNA que debería estar en libertad y bajo la guarda de sus progenitores, tutores o guardadores, o en definitiva, al decir de la norma, de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la guarda.

La estructura del art. 87 inc. C busca elegir el mal menor, tratando de superar el dilema, a través de la atención del joven en un establecimiento de mediana contención a cargo de la Se.N.A.F. Pero ello, lleva al Poder Judicial nuevamente a enrolarse, aunque por momentos, en el paradigma anterior de la situación irregular que por dicha ley 9944 se pretende superar.

Esto, lamentablemente, es una mentalidad claramente punitivista del sistema propuesto por la ley 9944, y, como la experiencia en este campo particular del derecho lo revela, la gran mayoría de los delitos cometidos por NNA, por no decir su totalidad, son cometidos por una falla, en mayor o menor escala, de la contención familiar. La cual, ante su ausencia, no se suple o no se busca revertir, sino que, en definitiva, se termina puniendo.

A este respecto, Andrés Rossetti, en un trabajo referido al punitivismo imperante en la República Argentina, puso de manifiesto cómo, claramente, la exclusión social y el delito se retroalimentan en un círculo vicioso de desigualdad. Así, expresa: “Estos índices de desigualdad, a más de inmorales e indignos son inconstitucionales, y no sólo denotan una actitud “punitiva”, en sentido amplio del término, para quienes se encuentran peor y que ven privados sus derechos humanos básicos diariamente, sino que la refuerzan y potencian por tratarse –la pobreza- de un aspecto que podría ser superado si así se lo propusiesen los que tienen la capacidad de tomar las decisiones para revertirla, pero no lo hacen. Por cierto, se da también la selectividad en relación con el derecho penal, ya que, como acertadamente suele afirmarse, “a las cárceles llegan solamente, o casi, personas de clase baja”. (Rossetti, 2012: 189). Reflexión claramente aplicable al punitivismo que sufren los NNA en función del art. 87 inc. C como solución normativa al dilema planteado.

Crítica - expresión del exceso

Esta superposición de competencias y avance - delegación de las facultades del tribunal sobre lo que correspondería a la Autoridad de Aplicación (Se.N.A.F), si bien podría tender a bregar por el interés superior del NNA, no puede ser sino extremadamente provisional, y una vez tomada, requiere imperiosamente que la Se.N.A.F, habiendo institucionalizado un NNA vía art. 87 inc. C) de la ley del fuero, sea quien se ocupe de corroborar la subsistencia de la necesidad de la medida, y busque la alternativa al encierro proteccionista del NNA. Además, en su caso, avance en las acciones tendientes a restablecer sus derechos conculcados, y a disponer, si es necesario, una medida excepcional de tercer nivel que implique la búsqueda de una familia alternativa para el niño o adolescente, o un lugar de contención ajeno al ámbito penitenciario, por ejemplo, un hogar de NNA sin régimen penal, todo ello en función de las atribuciones que le da el art. 48 de la ley 9944 Sgtes y cdtes.

Lo contrario deriva en que, ante la injusta situación que un NNA no cuente con familia y aún con terceros en condiciones de hacer asumir su guarda y que le ayuden a cumplir el régimen de libertad asistida (programa destinado exclusivamente a reforzar la guarda, previsto en el inciso anterior, esto es, art. 87 inc. b) de la ley 9944), sea innecesariamente derivado por la autoridad judicial a un instituto previsto para la contención efectiva, con régimen propio del sistema penitenciario, que está previsto en el inc. e) de art. 87 de la ley 9944.

En concreto: con dicho inc. C del art. 87, que es ajeno a la conducta delictiva en su génesis, se equipara una situación propia de la Autoridad Administrativa con un encierro cautelar penal, teniendo como escaso fundamento, por no decir único, la extrema vulnerabilidad social del NNA autor de un delito por el cual debería gozar de su libertad en el sistema Penal Juvenil actual. Delito que, por sí solo, no redundaría en una internación de contención efectiva.

En este contexto no es un dato menor, el estudio elaborado por la Secretaría de Derechos Humanos y UNICEF del año 2006, que se encuentra publicado en el sitio web: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/informe2006.pdf>, informe que arrojó en aquél momento, como resultado, que el 87 por ciento de los niños, niñas y adolescentes reclusos en nuestro país lo estaban por causas asistenciales (sólo el 13 por ciento estaba detenido por hechos delictivos). El trabajo informaba que la institucionalización fue la respuesta generalizada que dio el Estado desde las políticas públicas a los chicos y chicas abandonados, abusados o víctimas de otros delitos. Chicos y chicas con causas asistenciales compartían el mismo establecimiento con menores con causas penales. “La separación de los niños y niñas de sus familias y su consecuente institucionalización, lejos de evitar problemas, constituyeron el camino hacia la carrera delictiva. Los institutos y reformatorios, además de violar los derechos de los niños y niñas internos han sido verdaderas escuelas de delitos”, señala el informe oficial.

Claramente vemos, entonces, que el modelo paternalista, propio de la doctrina irregular, subsiste en una norma destinada exclusivamente a su protección integral, la cual se traduce en una práctica punitivista que desprestigia los fines del sistema mismo del derecho Penal Juvenil con raíces en el DIDDDH. Y es justamente en pos de ello que muchas veces se va, “necesariamente”, en su contra.

A esta misma reflexión se ha llegado de distintas maneras, y eso es lo que hay que desmitificar, aunando esta normativa con la internacional, manteniendo como lo afirman las Dras. Adriana Dreyzin de Klor y Teresita Saracho Cornet, que debe haber un “diálogo entre las fuentes”, en el cual el derecho internacional de los derechos humanos penetre en la fuente autónoma de cada Estado para poder así unificar normativamente institutos tan sensibles como los que regula la Convención de los derechos del niño, entre otros, para sostener así acabadamente su operatividad.

De Luca nos advierte, del otro costado, que también en pos de la protección de los derechos humanos (DDHH) se puede caer en una clara política punitivista. Así expresa que: “Esa tesis parte de que en la actualidad el derecho penal ha sido elevado a una categoría preponderante y se expande por diversas áreas con base en una creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones, con marcada deshumanización y recrudescimiento sancionador. Sostiene que este “neopunitivismo” está inspirando al llamado “derecho penal de los derechos humanos”, ya que organismos internacionales de protección y organizaciones de activistas consideran que la reparación de la violación de los DDHH se logra, primordialmente, por medio del castigo penal y que ello es un valor positivo que debe ser conseguido sin controles y en forma ilimitada, aun con desprecio por los derechos fundamentales de los acusados enfrentados al poder penal público...”⁶ (De Luca, 2017).

No obstante ello, aquí el caso puede resultar punitivista si se analiza sólo que el dilema “Cárcel o Calle” se inclina a favor de mantener contenido al NNA que cometió un delito en un ámbito acorde para su recuperación. Pero las razones de dicha expresión normativa del art. 87 inc. C ley 9944, no es punitivista por sí sola, lo es, porque dicha solución implica una aplicación parcial del sistema normativo formado por la ley 9944 y la Convención de los Derechos del Niño, tomando como concepto de “sistema normativo”, tomado del esquema trazado por los Dres. Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin en su obra *“Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales, también llamada “Normative systems”*.

Dicho esto, vemos como en esa aplicación parcial del sistema jurídico aplicable y vigente, el poder judicial suple y a la vez avanza sobre una competencia netamente administrativa, por mandato de la norma analizada del art. 87 inc. C, en detrimento de la norma del art. 48 y sigtes de la misma ley (medidas de tercer nivel tomadas por la SeNAF para un NNA en estado de desamparo), y las mandas de la Convención.

Ello da cuenta de que no estamos ante un sistema que no solucione el caso, (que devendría, en definitiva, en una laguna normativa), sino que podríamos ingresar a analizar si este caso configura, o no, una posible laguna axiológica que habilite al juzgador a desconocer esa aplicación parcial y que así lo justifique.

Al decir de Guastini, cuando un tribunal no resuelve un caso aplicando la norma que debería aplicar por considerarla injusta, puede existir en ese caso una laguna axiológica en el sistema. Guastini nos ilustra al respecto expresando que “...una laguna “axiológica” es la ausencia de una norma justa o correcta. Más precisamente: en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cuando una clase de supuestos está,

⁶ Véase también esta forma de “neopunitivismo” en Bouvier, 2012.

nótese, regulada por una norma, pero el intérprete considera que la regulación existente es insatisfactoria” (Guastini, 2008: 91).

Cuando ingresamos a este plano de análisis movilizadado en el campo de los valores, dejamos atrás el análisis normativo como una característica para esta falencia sistémica.

Dicho esto, consideramos que no estamos ante un caso de los denominados como un “caso difícil”, al decir de determinado autor especialista en la materia (Dworkin R., 2002), sino que, en este punto, en el cual la colisión de principios deba ser analizada a través de la búsqueda del mejor principio para la solución del caso. Para el autor un caso difícil, se debe bien a la existencia de normas contradictorias, bien a la inexistencia de norma aplicable, lo que en evidencia no se vislumbra en el caso de análisis, como lo sostiene autorizada doctrina.

Aquí el principio de la protección integral de la Convención de los derechos del Niño no colisiona con el principio de *última ratio* y de aplicación excepcional del Derecho Penal, en particular Penal Juvenil, sino que ambos principios se retroalimentan. Pero lo que se da, es justamente una falta de complementariedad en la acción, ya que, una vez tomada la medida provisoria que determina el art. 87 inc. C, tiene necesariamente que ingresar a trabajar con el NNA el organismo administrativo, o bien hacerlo *ab initio*.

Conclusiones

El fuero Penal Juvenil y el fuero de Niñez y Juventud tienen puntos en común, en este caso un punto oscuro, en el cual la misma ley que brega por el respeto del interés superior del Niño como Derecho Humano, es la que condiciona a los NNA en situación de vulnerabilidad y conflicto con la ley penal a un trato por demás punitivista cuando no tengan contención familiar, o mayor responsable que pueda hacerse cargo de su guarda. La Se.N.A.F, por su parte, no avanza en las acciones tendientes a resguardar estos NNA en institutos que no sean los penitenciarios cuando han cometido delitos, ni luego transforma la primera medida provisoria del inc. C del art. 87 en una medida excepcional, como podría corresponder.

Esta última afirmación es la que condena al sistema a su fracaso, al menos en este punto. Por ello necesitamos un lugar acorde para estos NNA quienes, si bien están en conflicto con la ley penal, no es por tal problemática delictual concreta por los que resultan recluidos en un establecimiento penitenciario, sino que, y en definitiva, lo están por la situación de vulnerabilidad que atraviesan.

Planteando así esta situación, no hay más interrogantes que reabrir el análisis por parte de los distintos agentes que intervienen en esta dinámica, y que se encuentran inmersos en esta situación. Normativamente, detenta un retroceso en el sistema de protección integral, y se manifiesta en un innecesario avance, por delegación, del Poder Judicial por sobre el órgano de aplicación administrativo, que aquí, según la misma ley 9944, hace las veces de observador externo de esta situación que, por cierto, le compete (art. 48 y codtes).

Pensamos, en base a todo lo dicho, que no se debe realizar una presentación descriptiva que no se corresponda con la realidad, ni presentar una realidad que no pueda ser descripta acorde a derecho, sino que se debe valorar la situación en su

conjunto invitando así, a todos los operadores, a partir de las ideas expresadas, a la reflexión y debate, siendo ello la base de la academia.

En este sentido, concluimos que una vez tomada por la Justicia Penal Juvenil una medida provisoria en virtud del art. 87 inc. C de la ley 9944, la Se.N.A.F, en el Área de Niñez y Juventud –área específica que atiende las mentadas situaciones de vulnerabilidad, otrora llamada “prevención” por el sistema judicial- debe intervenir para articular los medios necesarios para que, inmediateamente, o lo más pronto posible, vía art. 48 y Sgtes. de la misma ley 9944 de cita, se disponga del NNA en cuestión, a través de una medida excepcional -si corresponde-, o se trabaje profundamente en una revinculación con su familia o ámbito familiar y social para que a través de medidas de primer o segundo nivel se pueda revertir su situación de encierro, y así, el dilema Cárcel o Calle se disuelva conscientemente por medio de un trabajo conjunto del ente Administrativo y del Poder Judicial cuando un NNA ha cometido un delito de gravedad por el cual no correspondería el dictado de una medida provisoria que impida su externación.

En este esquema, que postulamos como “Cárcel o Calle”, es un binario que no necesariamente se impone: consecuentemente con ello, es tiempo de incluir al Derecho Penal Juvenil propuesto por la ley 9944 en consonancia con la Convención, dentro del denominado “Coto Vedado de los DDHH” que concibe el profesor Ernesto Garzón Valdez (Garzón Valdés, 1989: 209). Estableciendo que los DDHH, en palabras del autor de cita, “...constituyen el puente conceptual que vincula dignidad con democracia...”. Concluyendo con ello que, los NNA en conflicto leve con la ley penal, lejos de ser confinados a un encierro cautelar por su propio bien, deben ser verdaderos sujetos de derecho, en un sistema que, aun bregando por su protección (y con resabios punitivistas) condena su situación de vulnerabilidad al destino reservado para aquellos que delinquen. Siendo ello así, entonces, y siguiendo las mínimas pautas previstas por la C.N.N, no se puede desconocer, que es en base a su propia dignidad que el sistema normativo, y el sistema administrativo, deben disponer de los NNA, de una manera integral que contemple el accionar concreto del Poder Ejecutivo, cuyo garante en la legalidad, será el Poder Judicial: no, en el orden inverso, como sucede en la actualidad.

Referencias bibliográficas

Alchourron, C. y Bulygin, E. (2006). *Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires: Astrea.

Bouvier, H. (2012). Observaciones sobre una variante de neopunitivismo. El problema de los abusos sexuales a menores. En *Problemas actuales de derecho penal*, Ah Hoc, p. 376 – 399.

De Luca, J. A. (2017) *Punitivismo y Derechos Humanos - El caso de Argentina* Universidad de Buenos Aires, Argentina. Consultado el 15/02/2017. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales <http://www.cienciaspenales.net>

Dreyzin del Klor, A. y Saracho Cornet, T. (2005). *Trámites Judiciales Internacionales*, Buenos Aires: Zavalía.

Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Garello, S. (2012). La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad. *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, Año 2, Nr. 4.

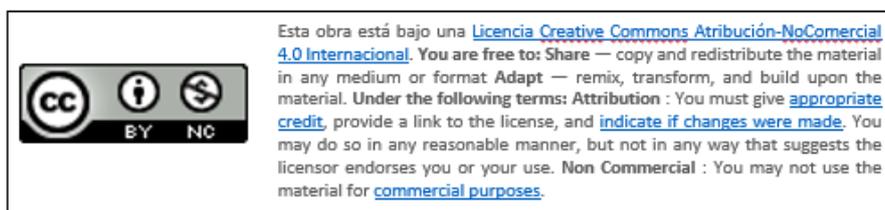
Garzón Valdés, E. (2009). Dignidad, Derechos Humanos y Democracia. En *Revista de Derecho Penal, Consecuencias jurídicas del delito*, Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires.

Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6.

Rossetti, A. (2012). *Derechos Humanos y Punitivismo en la Argentina Actual*. Anuario XIV del CIJS, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, p. 187 – 203.

Weston, A. (2005). *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

Secretaría de Derechos Humanos y UNICEF. (2006). Consultado el 10/02/2017 en el sitio web: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/informe2006.pdf>



DOI: 10.26612/2525-0469/2018.6.05