

CONTRADICCIÓN LEGAL O FALENCIA JUDICIAL. La cuestión de la participación del niño o adolescente en el proceso penal que lo involucra

Por Natalia Monasterolo (*)

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, se propone plantear al receptor los elementos necesarios para que el mismo pueda elaborar el interrogante cuya respuesta más adecuada constituye precisamente el eje central en torno al cual giran las líneas que se siguen.

Cotidianamente somos testigos de un escenario social en el cual jóvenes y niños son los protagonistas principales de episodios de violencia en claro contacto con la infracción al Sistema Penal actual; curiosamente ese protagonismo que nadie cuestiona, que además es generalmente puesto de relieve; aparece casi imperceptible y desdibujado durante la sustanciación de los procesos que se les siguen a estos actores penales que entran en conflicto con dicho sistema. La brecha se amplía si reparamos en aquellos hechos delictivos en los cuales participan de manera conjunta los llamados por la arraigada costumbre judicial, resabio de la vieja concepción paradigmática en cuanto al tema, “menores” y “mayores”.

El punto de conflicto se traslada también a lo jurídico-legal, ello porque por un lado, la Convención sobre los Derechos del Niño (documento fundamental y actualmente con rango constitucional), otorga un lugar muy especial al derecho de participación que debe acordarse a todo niño y adolescente en un proceso que lo involucre, pero por otro lado el actual Régimen de Menores de nuestra Provincia (Ley 9053), si bien adopta expresamente los lineamientos de la mencionada Convención, no parece ser tan claro al momento de regular casos de coparticipación o conexión (como el que aquí nos convoca)

Ahora bien, a fin de que el receptor pueda captar la dicotomía mencionada supra, y finalmente arribe a la respuesta que constituye el objetivo del presente trabajo, será preciso desarrollar una serie de puntos fundamentales en los que se expondrá con claridad, lo que regulan tanto la Convención como la Ley Provincial respecto a los procedimientos judiciales -penales- que involucran a niños y/o adolescentes conjuntamente con individuos que son considerados por el propio sistema como adultos. Los párrafos sucesivos se proponen esa meta...

* Adscripta en Derecho Penal I. Cat. A y C. nmonasterolodem@yahoo.com.ar

I. Convención de los Derechos del Niño: Un cambio de Paradigma en el abordaje de la Infancia. Las implicancias en nuestro derecho interno

Antes de comenzar el análisis de la Convención, resulta relevante hacer un poco de historia e investigar los orígenes de la misma. Así, en el año 1924 la Liga de las Naciones, precursora de las Naciones Unidas, estableció que *"la humanidad les debe a los niños lo mejor que tiene para ofrecer"*; desde entonces se convocó a la celebración internacional para honrar a los niños y las niñas (Día Internacional del Niño). Luego, durante el año 1948, las Naciones Unidas, aprobaron una segunda Declaración de los Derechos del Niño, y una tercera en 1959 (más detallada que las anteriores), a la cual a propuesta del gobierno de Polonia, se le aditaron en 1979 -Año Internacional del Niño-, diez puntos sobre la ejecución de la declaración. De esta forma, llegamos a 1989, fecha en la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño por unanimidad, la que entró en vigencia con fuerza de ley para todos los Estados que la ratificaron el 2 de septiembre de 1990. Este documento, desde entonces, ha sido considerado como uno de los instrumentos más importantes en materia de Derecho Humanos aprobado por la Comunidad Internacional y que cuenta con mayor nivel de apoyo, siendo muestra de ello que ha sido ratificado por Estados que nunca han firmado un tratado sobre Derechos Humanos; por otro lado, los Estados que han ratificado la Convención han ido adecuando gradualmente su legislación interna a la misma.

En lo que aquí nos interesa, cabe resaltar que la mencionada Convención, que además se constituye como un Código Internacional de carácter vinculante que obliga a los países firmantes y para el que se han previsto mecanismos específicos de seguimiento, evaluación y verificación de avances a través de un órgano de control (El Comité de los Derechos de la Infancia), produce un cambio fundamental en cuanto a la visión y por ende el abordaje de la infancia, es decir lo que en términos técnicos podemos llamar un Cambio de Paradigma. Así, se pasa del Paradigma de la Situación Irregular -en donde el niño y adolescente es considerado "menor" con todo lo que ello implica, siendo absorbido por el aparato estatal en todas sus manifestaciones (por ende también la Judicial), quien se convierte en "patrón" de su vida y por ende en digitador de su futuro-, al Paradigma de la Protección Integral, el cual considera que: *"El sistema Judicial es solamente un capítulo más y existe para dirimir problemas estrictamente jurídicos. La verdadera protección de los niños está dada a través de políticas sociales y el rol del Estado consiste en promover políticas de bienestar y la intervención de los organismos locales (municipios) y de las*

organizaciones comunitarias como ejecutoras de las mencionadas políticas de bienestar, dando lugar de este modo a la descentralización hacia donde surgen los problemas de la comunidad” (UNICEF)

Como puede visualizarse, el Paradigma de la Protección Integral posee implicancias de gran calibre, se refiere a los infantes como "niños, niñas y adolescentes" -nótese que no sólo no se refiere más a los mismos como “menores”, sino que también realiza la distinción de género, no es lo mismo ser niño que niña- y al "interés superior" de ellos, institución jurídica que es pilar de la protección integral de todas las acciones relacionadas con la infancia. Con respecto a esto último (Interés Superior del Niño), la referida convención, establece en su artículo 3º: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”* (ya se refería al mismo el artículo 2º in fine de la Declaración de 1959). En “El Interés Superior del Niño. Visión Jurisprudencial y Aportes Doctrinarios.” María S. Vieites explica que: *“Al calificar al interés de superior, se pretende remarcar que este interés debe ser tenido al momento de decidir cuestiones que atañen a menores de manera prioritaria, ocupando un lugar privilegiado...”*¹, en tanto Daniel H. D’Antonio, concibe al Interés Superior como *“...un estándar jurídico que viene a solucionar en el caso concreto la disociación entre dos parcelas jurídicas como son la norma, es decir, el conjunto de contenidos normativos abstractos entre los que se ubican “las buenas costumbres”, “el orden público”, “los derechos adquiridos”, “el interés familiar” etc, y su realización...el límite autonómico de la voluntad decisoria que logra la armoniosa integración entre la regla jurídica y el poder discrecional o arbitrio...”*².

Al enrolarse la mencionada Convención en el Paradigma de la Protección Integral (que vale la aclaración al respecto) existen actualmente voces que se levantan a favor de una nueva mutación de paradigma y propician un avance hacia el Modelo del Protagonismo Infantil, además de absorber los institutos previamente expuestos, consagra las siguientes categorías en que según la misma pueden agruparse los derechos de los niños y niñas: **I**-Derechos de Protección; **II**-Derechos de Provisión; **III**-Derechos de Prevención y **IV**-Derechos de Participación, esta última categoría contempla el derecho que tiene el infante a la libre información y expresión de su

¹ Vieites, M Soledad. "El Interés Superiro del Niño y su incidencia en la imposición de la pena" pub. en "El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios" Dir. G. Tagle Ferreyra.

² D’ Antonio, Daniel Hugo "Convención sobre los Derechos del Niño"

opinión, participación en las decisiones relativas a su bienestar y a reunirse pacíficamente y construir sus propias organizaciones.

Finalmente, para concluir con el presente apartado, resulta de suma relevancia destacar que a partir del año 1994, fecha de la última reforma experimentada por nuestra Carta Magna Fundamental, la Convención de los Derechos del Niño posee jerarquía constitucional y por ende superior a las leyes dictadas por el congreso (art. 75 inc. 22 C.N), en efecto, con fecha 27 de julio de 1994, en pleno proceso de reforma, la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, en Orden del Día número siete (Despacho de Mayoría), estableció entre otras cosas: "*...la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de sus vigencia, tiene jerarquía constitucional y debe entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución....*"³

II. Régimen Provincial de Protección Judicial del Niño y el Adolescente. La ley 9.053 y su regulación en aquellas causas que implican de manera conjunta a “menores” y “mayores”.

En este punto, de la misma manera que en el anterior, es preciso también hacer un poco de historia.

El 22 de noviembre del año 2000, se publicó en nuestra provincia una nueva ley en torno al tema de la población infantojuvenil (Ley N° 9.053), la cual representa actualmente el régimen aplicable en el foro local; la ley en cuestión es la conclusión de un proceso de gestación de aproximadamente quince años que principió en 1987; pero además, adopta –quizá sólo en apariencia-, la doctrina (paradigma) propiciada desde antaño por la Convención de los Derechos del niño (Protección Integral), baste para ello reproducir lo establecido por el artículo 4° del mencionado cuerpo: "*En todo lo que concierne al niño y al adolescente se deberá atender primordialmente a su interés superior, entendiendo por tal la promoción de su desarrollo integral. Toda medida que se tome con relación a ellos, deberá asegurar la máxima satisfacción de derechos que sea posible, conforme la legislación vigente*". José H. González del Solar, en comentario a dicho precepto sostiene: "*Del texto se colige que, en cuanto a interés, exige se provea a lo que promueve el desarrollo del niño o adolescente en forma integral, y no lo que*

³ Orden del Día número 7 en Comisión de Integración y Jerarquía de Tratados Internacionales. Reforma Constitucional de 1994

responde a pretensiones o requerimientos sólo dirigidos a obtener gratificaciones pasajeras con riesgo para el cuidado, educación y/o corrección...armonizando intereses y respetando el derecho de todos los involucrados...”⁴

No obstante, y a pesar del esfuerzo parlamentario, la normativa en cuestión no logró captar del todo el verdadero espíritu de la Convención, obteniéndose una especie de confusa mixtura entre las ideas propiciadas por la postura de "situación irregular" y las emergentes de la corriente del "proteccionismo integral". En efecto, en torno al tema que aquí interesa, es decir, la sustanciación de aquellas causas que involucran de manera conjunta a niños y/o adolescente con personas adultas – escala de imputabilidad conforme lo establece el Régimen Penal de la Minoridad, ley 22.278-, el artículo 50 de la normativa aludida dispone:

Artículo 50- Coparticipación o conexión con mayores. Cuando en el mismo hecho hubieren participado un mayor de dieciocho (18) años y un niño o adolescente, la investigación penal preparatoria estará a cargo del Fiscal de Instrucción, el que inmediatamente deberá dar intervención al Juez de Menores en lo Correccional para que proceda al resguardo y vigilancia del niño o adolescente con arreglo al artículo 63, remitiéndole copia de los requerimientos y resoluciones recaídas en la causa.

El Tribunal de Juicio se limitará, en su caso, a la declaración de responsabilidad del niño o adolescente, debiendo remitir copia de la sentencia al Juez de Menores en lo Correccional interviniente.

Durante el proceso se reconocerán al niño o adolescente todas las garantías que le acuerda la presente ley, debiendo intervenir el Ministerio Pupilar bajo sanción de nulidad

Y en consonancia con dicha regulación, el último párrafo del **artículo 63** determina: “...*Si el Tribunal de Juicio hubiere declarado la responsabilidad del niño o adolescente, el Juez deberá remitir las actuaciones que obraren en su poder, y los estudios y peritaciones realizados, a la Cámara de Menores para que se pronuncie sobre la imposición de la pena o las medidas que fueren procedentes con arreglo a la legislación vigente”*

⁴ González del Solar, José h. "Régimen de Protección Judicial del Niño y el Adolescente. Ley Pcial n° 9053 Anotada. Pg. 30-31

Como bien puede apreciarse, cuando el niño o adolescente se vea incurso en un hecho tipificado como delito, se sustanciará un proceso en el cual, conforme lo autoriza la normativa, **su participación será prácticamente nula**, pese a ser uno de los actores fundamentales de dicho entramado. Tanto así, que si llegado el caso se realiza el debate, el mismo no tendrá injerencia personal en una audiencia que se referirá a él durante su desarrollo, y de cuyos resultados será anoticiado una vez que esta haya concluido a través de un calificado intermediario. Pero no concluye allí el asunto, ya que, conforme se desprende del articulado transcripto supra, si el Tribunal de Juicio declarase la responsabilidad del niño o adolescente en el hecho juzgado, la Cámara de Menores, previo recibir las actuaciones efectuadas durante el proceso por el Juez de Menores interviniente, se limitará a establecer el tipo de condena aplicable, esto es, del mismo modo que el Tribunal actuante en el debate oral, **no oirá**, lo que el “menor” tenga para decir acerca de su participación en el injusto, **precisamente porque este no estará allí presente**, dejándose de lado de este modo uno de los principales grupos de derecho que consagra y categoriza la Convención, esto es **El derecho de Participación** (conforme al apartado precedente).

Si el panorama antes expuesto es el que a primera vista autoriza la ley en cuestión, cuánto más grave aún puede ser ello en el ámbito de la práctica judicial; y con esto no sólo quedan abarcados jueces propiamente dichos sino operadores de todo tipo, tales como: Dependencias del Poder Ejecutivo (Secretarías, Programas e Institutos entre otros), Psicólogos, Trabajadores Sociales, Docentes Especializados y Letrados tanto públicos como privados. En efecto, no es ajena al conocimiento de quienes tienen algún grado de injerencia en el ámbito de la justicia, la situación de olvido e invisibilidad que atraviesan estos niños y jóvenes, máxime cuando no poseen capacidad de culpabilidad (menores de dieciséis años. Inimputables) o cuando pese a poseerla no reúnen las condiciones para ser punibles (mayores de dieciséis años que se involucren en hechos típicos cuya pena en abstracto no supere los dos años de reclusión o prisión, o cuya conducta se encuentre conminada con multa o inhabilitación) –art. 1º Ley 22.278-, ello porque en estos últimos casos ni siquiera habrá de intervenir la mencionada Cámara de Menores.

Ahora bien, para concluir con el desarrollo del presente párrafo y dar el puntapié inicial para el siguiente, es preciso reproducir nuevamente lo que establece el referido artículo 50 en su última parte: “...*Durante el proceso se reconocerán al niño o adolescente todas las garantías que le acuerda la presente ley, debiendo intervenir el Ministerio Pupilar bajo sanción de*

nulidad...” ; esto nos lleva indefectiblemente a plantear si, en el caso que nos ocupa, estamos ante un problema de contradicción normativa (entre los postulados de la Convención y la reglamentación específica de la Ley 9.053) o si en lugar de ello, el punto de crisis radica en una falencia de la operatoria judicial. Dicho planteo no representa un dato menor, ya que en un u otro caso la solución a la problemática planteada no será la misma, veamos pues...

III. El sistema normativo y los llamados “Problemas de Sistematización”. Llegando al foco del Problema

Conviene previo situarnos en el específico problema que nos aqueja, realizar algunas referencias previas.

Siguiendo a Eugenio Bulygin⁵, éste explica que en los sistemas legislados pueden identificarse dos grandes grupos de problemas: problemas políticos y problemas técnicos jurídicos. Los problemas políticos atienden a cuestiones de índole axiológica o valorativa, han dado a llamarse también como de “Política Legislativa General”, es decir: “...cuándo y en qué circunstancias es más conveniente resolver los posibles conflictos sociales en forma anticipada mediante normas generales y cuándo conviene dejar su solución en manos de jueces u otros órganos administrativos” ; en tanto los problemas técnicos jurídicos, pueden ser subdivididos en otros dos grupos, esto es: problemas lingüísticos (relacionados con los inconvenientes que presenta el lenguaje natural –ambigüedad y vaguedad-) y problemas lógicos, los que a su vez comprenden dos grupos más: problemas sistemáticos (relativos al carácter sistemático del derecho) y problemas dinámicos (se relacionan con el carácter dinámico del orden jurídico).

Los llamados problemas sistemáticos (conectados primordialmente con la lógica normativa o deóntica), aluden a las falencias que pueden presentar las propiedades formales más importantes de los axiomas, estos es: coherencia (falta de contradicciones), completitud e independencia.

Continuando con el esquema desarrollado por Bulygin, atendemos primero al menos graves de los problemas, la falta de independencia, conocida también como redundancia del sistema, es decir cuando dos o más normas regulan la misma situación. Si la redundancia peca por exceso, la incompletitud lo hace por defecto, dando lugar a lo que se conoce como lagunas del sistema, cuando una situación no encuentra regulación o respuesta en el mismo. Finalmente el más grave de los problemas sistemáticos que puede presentarse es la falta de coherencia,

⁵ Bulygin, Eugenio "Teoría y Técnica de Legislación" Revista jurídica La Ley n° 46

conocida también como contradicción o inconsistencia: *“Un sistema de normas es incoherente cuando hay uno o más casos solucionados en forma distinta e incompatible por las normas...si hay dos o más soluciones incompatibles, el interesado no sabe qué hacer conforme a derecho. La presencia de soluciones contradictorias lleva necesariamente a la desobediencia al derecho: siendo incompatibles las dos soluciones, al menos una de ellas tendrá que ser dejada de lado y la norma que la establece será desobedecida.”*

Con respecto a los problemas dinámicos, los mismos se relacionan con las consecuencias producidas por la promulgación y derogación de normas; en efecto, debe saberse que el sistema creado por el legislador no es un aparato estático, sino por el contrario posee una dinámica interna que está dada precisamente por las secuelas que dejan la creación de nuevas normas o la desaparición de ellas. Cuando se sanciona un dispositivo legal ello produce un conglomerado de consecuencias con respecto a todo el sistema de normas vigentes, al igual que lo que ocurre con la derogación. *“Así como al promulgarse una norma se incorporan al sistema todas las normas que son derivables de la norma promulgada, en el caso de derogación se produce un fenómeno análogo, pero en cierto modo inverso; cuando se deroga una norma quedan derogadas todas las normas de las que la norma derogada es consecuencia...”*, vale aclarar con respecto a esto último que la derogación de un conjunto no significa necesariamente que haya que derogar todas y cada una de las normas que lo conforman, basta con eliminar una de ellas para que el conjunto desaparezca como tal.

Ahora bien, muchas veces los problemas estáticos que presenta el axioma pueden ser resueltos mediante las técnicas que caracterizan a su propio dinamismo (promulgación y derogación), por ejemplo, ciñéndonos al caso que motiva el presente trabajo, si la contradicción se produce entre las consecuencias jurídicas derivadas de dos normas de diferente rango, recurriendo a una técnica muy propiciada por el “Modelo de Legislador Perfecto”, puede aplicarse el principio “Ley Superior deroga Ley Inferior”, y de este modo prevalecería aquella norma de mayor jerarquía eliminando la incoherencia del sistema al menos en ese punto; pero, nótese que con ello habría que atenerse a todas las secuelas que dejaría la derogación expresa o tácita de la norma inferior (lo cual se explicó ut supra).

Contraponiendo las consecuencias derivadas de los postulados esgrimidos por la Convención de los Derechos del Niño (ley superior por su rango constitucional), con las resultantes de la específica normativa provincial (ley inferior), siempre claro está en lo que

respecta al caso bajo análisis (delitos en los que intervienen activamente y de manera conjunta “menores” y “mayores”), debe resaltarse que lo que aparece primeramente como una verdadera contradicción, no parece ser tal si se analizan con mayor detenimiento los preceptos en juego oportunamente transcritos.

En efecto, el mismo artículo 4° de la Ley remite a los principios y derechos consagrados por la Convención, en tanto el artículo 50 –que concuerda con el art. 63-, ordena en su último párrafo, el reconocimiento de “...*todas las Garantías que acuerda la presente ley*” y si bien es cierto, nada dice el articulado cuestionado acerca de la participación del niño y/o adolescente en el proceso penal que lo involucra, tampoco la niega expresamente, pero si proclama con tal carácter el respeto de las aludidas garantías...¿Cuáles?, las resultantes de la Convención, fundamento de los derechos que ella proclama, entre los cuales se encuentra, claro está, el “Derecho de Participación”. Con todo esto, quedará en manos del juzgador, y en el caso concreto, haciendo uso del Principio de Razonabilidad que como tal le autoriza la propia Constitución Nacional, permitir a nuestros jóvenes en conflicto, una verdadera participación activa en todos aquellos procesos penales en los que se vean involucrados de manera conexas con individuos adultos.

Por todo lo expuesto, quizá sea obligada la reflexión de que en realidad no estamos frente a una inconsistencia normativa producto de una igualdad fáctica para la que se han previsto soluciones normativas contrapuestas, sino ante una desacertada operatoria judicial.

CONCLUSIÓN

Luego de una rápida revisión de los sistemas normativos que se encuentran en juego, en aquellos casos en los que intervienen de manera conjunta los mal llamados “menores” y “mayores”, habiendo contrapuesto las consecuencias jurídicas derivadas de los mismo, se arriba a la conclusión de que lo que aqueja al conjunto normado no es específicamente un problema de contradicciones o incoherencia, que por otro lado puede existir en otros aristas pero ya será objeto de un nuevo planteamiento, sino un desajuste en la interpretación y aplicación de normas.

Nuestros operadores de justicia, se encuentran autorizados por la propia Carta Fundamental para hacer uso del llamado Principio de Razonabilidad, el cual les permite, entre tantas cosas, equilibrar de manera equitativa las derivaciones resultantes del sistema legislado evitando de este modo desigualdades y garantizando así, el respeto por los derechos más preciados.

El fenómeno de la infancia y las dolencias de la “adolescencia”, en cuanto a su relación con todo lo que el derecho implica, han sido comprendidos de la manera más amplia posible por la Convención de los Derechos del Niño, no es casual que sea este uno de los tratados con mayor adhesión mundial; nuestro Estado, también lo entendió de esta manera y por eso mismo decidió otorgarle valor constitucional.

Garantizar una verdadera participación activa en los procedimientos que involucran a nuestros jóvenes en conflicto con la ley penal, debe constituir un objetivo que no puede ser olvidado fácilmente en un Estado de Derecho como dice ser el nuestro, en un entramado social que reclama cada vez con mayor énfasis el endurecimiento de la respuesta penal sin considerar que existe un escenario en donde algunos protagonistas se han tornado invisibles...

BIBLIOGRAFÍA.

-ALFAGEME Erika, CANTOS Raquel, MARTÍNEZ Marta. "De la participación al protagonismo Infantil". Ed. Plataforma de Organizaciones de Infancia. Madrid España. 2003.-

-BULYGIN, Eugenio "Teoría y Técnica de Legislación". Pub. en La Ley nº 46, año 1981.

-CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

-D" ANTONIO, Daniel Hugo. "Convención sobre los Derechos del Niño" Ed. Astrea. Bs As. 2001

- GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H. "Régimen de Protección Judicial del Niño y el Adolescente. Ley Pcial n° 9.053 Anotada". Ed. Mediterránea. Córdoba. Argentina. 2003.-

-REFORMA CONSTITUCIONAL 1994. ASAMBLEAS. Soporte CD -Orden del día número 7 Tema: Integración y Jerarquía de los Tratados Internacionales.

-RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD LEY NACIONAL N° 22.278

-VIEITES, María Soledad. "El interés superior del niño y su incidencia en la imposición de la pena" pub. en *"El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios"* Directora: G. Tagle Ferreira. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico. Córdoba. Argentina. 2009.