

El control social de la niñez: El abogado del niño alumbrando los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Ley 26.061.

*“ Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar.”
(Michel Foucault ,” Vigilar y Castigar”)*

Por **Laura S. Chaves Luna**

Abogada (U.B.A.) Tº 72 Fº 772 C. P.A. C.F.

Mediadora Mat. Nº 4389 M.J.D.H.N.

Asesora Letrada “ Asociación Civil San Benito José Labré”

Miembro del “Registro de Abogados Amigos de los Niños C.P.A.C.F. ”

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es compartir con el lector algunas reflexiones que me han movilizado con motivo de la intervención de este nuevo operador del derecho, El “ *Abogado del Niño*” , introducido por la Ley 26. 061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en pos de satisfacer exitosamente las necesidades de aquellos a quienes asiste jurídicamente: niños, niñas y adolescentes sujetos plenos de derecho conforme la Convención de los Derechos del Niño, que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc.22 C.N.).

Así, en este recorrido de la práctica como abogados del niño advertimos algunas cuestiones conflictivas que merecerán en el devenir modificaciones y /o correctivos atento a que se encontrarían vulnerados **derechos humanos** de la niñez. Algunas de estas tensiones se presentan en este breve trabajo.

II. GARANTÍAS JUDICIALES

Las garantías judiciales en cualquier proceso judicial y/o administrativo son patrimonio de todos los ciudadanos. Cabe poner de relieve la inviolabilidad de la defensa en juicio en materia de niñez dado el gran avance legislativo que la ley 26.061 trae con sus repercusiones sobre el derecho a ser oído y la representación letrada.

III. NIÑEZ Y SISTEMA PENAL

Este apartado intenta abordar someramente algunas cuestiones sobre los niños y la ley penal.

a- **Selectividad**

La selectividad del sistema penal adquiere un matiz traumatizante y no educativo cuando opera sobre las vidas de jóvenes menores de 18 años. La figura del abogado del niño , en este sentido, permitirá al joven poder elegir su propio defensor técnico y desplegar su propia estrategia de defensa sin perjuicio de que concurrirá al proceso penal insoslayablemente el Asesor de Menores con un rol diferenciado del primero.

La intervención del abogado del niño en materia penal cobra singular relevancia dada la vigencia de la ley 22.278 que estatuye vetustamente el Régimen Penal de la Minoridad en colisión con instrumentos normativos de derechos humanos tales como la Convención de los Derechos del Niño, en particular arts. 37 y 40 en lectura paralela con las directrices de Riad, las reglas de Beijing (art. 56) y la Observación General N° 10 (por cuanto indica los diferentes tipos de intervenciones estatales frente a los niños en conflicto con la ley penal , las garantías procesales y las medidas idóneas a tomar en su caso) .

De este modo, la ley penal minoril en la actualidad permite violentar algunos principios básicos del derecho penal conforme el modelo de derecho penal garantista , aplicables a todos los ciudadanos , entre los que los niños deberían incluirse: a) Principio de legalidad b) Principio de reserva c) Principio de Culpabilidad d) Principio de Proporcionalidad. Principios éstos que los abogados del niño deberán poder defender como sostenedores del Estado de Derecho.

b.- Rol del Asesor de Menores : ¿Cuál es el rol que cumple en el proceso actualmente ?

Si bien es dable entender la actuación del Asesor de Menores como promiscua y obligatoria, no cabe suponer que representa al niño puesto que no “oye” sus verdaderos deseos . El Asesor de Menores interviene en el proceso ejerciendo una suerte de control de legalidad del proceso pero en modo alguno vela por los intereses del niño, sino por los intereses de la sociedad con respecto a ese niño, léase, representa una subjetividad producida socialmente.⁴

Es mi perspectiva que su intervención sólo encuentra fundamentos aparentes de neto corte paternalista que responden a la lógica de la “ defensa social” más no son útiles para el joven en conflicto con la ley penal. Así El TOM N° 1 absolvió a un joven del delito de robo simple en grado de tentativa por el cual fue declarado penalmente responsable desoyendo la solicitud de la Defensora Pública de Menores e Incapaces que sostenía que era conducente prorrogar la disposición tutelar por tener el joven 17 años de edad y considerando que los informes del expediente tutelar relataban que el joven se encontraba atravesando por una situación particular, que llevaba una vida desordenada y se encontraba totalmente “ desamparado”.⁵

c.- El expediente tutelar y el abogado del niño: ¿ Qué importancia cobra el expediente tutelar para la actuación del letrado del niño en el marco de un proceso penal?

Las medidas tutelares , aquellas que en principio operan sobre la libertad física o ambulatoria, que el juez está facultado a tomar en este sentido violan el principio de inocencia, el derecho a la vida privada y familiar del niño, principio de legalidad dado que ellas sólo encuentran su fundamento en los resultados de los estudios y evaluación de la personalidad y medio social de una persona menor de edad imputada de un delito para su tutela estatal. ⁶ Cabe agregar que las medidas que se adoptan cercenando la libertad ambulatoria obedecen a criterios de peligrosidad que vulneran el modelo del garantismo penal.

Será el rol del Abogado del Niño recordar al Poder Judicial las pautas de intervención de justicia penal juvenil a la luz de la Observación General N° 10 , Directrices de Riad y Reglas de Beijing.

La disposición tutelar discrecional y anárquica, reminiscencia del poder del soberano, retrotrae al niño al lugar de “ objeto” permitiendo despertar en el imaginario de aquellos a quienes se tiene “ dispuesto” la ilusión del “ perdón “ que se reflejado en la posibilidad del perdón del ar. 4 de la ley 22.278 . ⁷

b- Medidas de coerción

¿Qué es la coerción penal ?

En el aspecto que nos interesa poner de relieve, la coerción formalmente penal se ocupa de todas las medidas que dispone la ley penal incluso para los casos en que no hay más que una exterioridad del delito, pudiendo ser éstas medidas administrativas y otras que no son de naturaleza penal (reparación perjuicios) pero que todas ellas están tratadas en la ley penal. ⁸

La ley 22.278 en su art.1 párrafo 5 y art. 2 párrafo 1 contempla la posibilidad de la aplicación de una medida de seguridad a los jóvenes que caen bajo la órbita de las agencias de control.

La ley 22.278 adhiere a un sistema de derecho penal de autor que repugna a un Estado de Derecho donde las penas se establecen en función de conductas reprochables llevadas a cabo y jamás con fundamento en la mera peligrosidad que las mismas detentan, leáse, derecho penal de acto. ⁹

Será el abogado del niño el que deberá procesalmente articular estrategias en pos de evitar la estigmatización de su pupilo atento al nivel de violencia de la respuesta estatal frente al ingreso al sistema penal a la luz del paradigma del “ *labelling approach*” o enfoque del etiquetamiento ¹⁰ ¿ Cómo construimos a ese niño en “ desviado “ ? El sistema

penal juvenil deberá reconocer que necesita estar imbuido de ideales superadores tales como reinserción del niño en la familia y la sociedad “¹¹ (OG10)

No es incoherente en esta lógica que la proporcionalidad de las medidas no tenga lugar dado lo discrecional de la aplicación de la misma socavando la seguridad jurídica del sistema y sus justiciables.

Vale agregar que la ley 26.061 en su art. 39¹² inscribe la privación de la libertad como una medida excepcional y temporal que debiera ser el estándar para ponderar la legalidad de la privación de la libertad hasta que se dicte una adecuada legislación penal juvenil.¹³

VII.- PALABRAS DE CIERRE: GENUINO COMPROMISO CON LA NIÑEZ.

La “ banalidad del mal” sobre la que nos inquietaba la filósofa Hannah Arendt me obliga a reflexionar sobre la responsabilidad que tienen aquellos que ejercen el poder sobre los niños, niñas y adolescentes pudiendo con ello lesionar sus derechos y garantías sin inmutarse siquiera. En la actualidad, la figura del abogado del niño no debiera desdeñarse tomando como parámetro las prácticas judiciales y/ o administrativas.

Tampoco creo debemos resignarnos a las normas infraconstitucionales que repulsan el espíritu del constitucionalismo moderno que era proteger la libertad y dignidad del hombre, atributos que comparte nuestra niñez. Lo que es más, el abogado del niño deberá generar cambios en sus propias prácticas y miradas primero sobre el niño para construir un genuino compromiso con la niñez , que no sea una ficción más sino práctica superadora que coadyuve a que nuestros niños logren vivenciar el ser auténticos “ sujetos de derecho”.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS:

1 Convención de Viena: art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

2 El término “ constitucionalización “ del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en la publicación titulada “ Derechos Humanos y Familia” , en ARNAUD, André Jean y otros, “ Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia” citado por MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa , “ IV. Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061” p. 46 publicado en GARCÍA MÉNDEZ, Compilador , “ *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.06*” 1, Ed. Del Puerto y Fundación Sur.) Asimismo este artículo invita al lector a analizar la “ capacidad” en el ámbito de los derechos.

³ Ver, LO VUOLO, Rubén M., “ VII. De los “ niños asistenciales” al ingreso ciudadano para la niñez: de la ley 10903 a la ley 26.061”, publicado en GARCÍA MÉNDEZ, Compilador , “ *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.06*” 1, Ed. Del Puerto y Fundación Sur.)

⁴ La subjetividad es una producción histórica, datada y localizable. Son formas de pensar, de autopercebirse y de percibir a los otros, formas de sentir y actuar en el mundo, producidas por diferentes dispositivos sociales, culturales, políticos y educativos existentes en el mundo . Conf. Guattari Félix y Rolnik Suely, *Micropolítica, Cartografía do desejo*, Vozes, Petrópolis , 1986 citado por CRESCENTE, Silvia M., “ De la vigencia normativa a la vigencia social de la ley 26.061”

publicado en GARCÍA MÉNDEZ, Compilador , “ *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.06*” 1, Ed. Del Puerto y Fundación Sur.)

⁵ Ver GIMOL, Pinto y TERRAGNI, Martiniano “ El proceso penal y los límites a la tutela judicial: A propósito de nuevas prácticas “ en comentario a fallo, RDF 2008- II,157- 158. Aquí se puede leer la mirada de algunos jueces de menores tales como el Dr. Jantus quien entendió que “ no resulta razonable establecer el abordaje que se reclama a partir de la esfera penal, cuya intromisión en la vida del incapaz debe ser mínima y no *estigmatizante*” (destacado en el original).

⁶ Ver GIMOL, Pinto y TERRAGNI, ops cit., P 153- 154.

⁷ Así , el soberano podía dejar morir o vivir, pudiendo matar, salva o perdona vida. Las autoras ilustran estas aseveraciones considerando al juez el soberano que puede disponer del “ perdón judicial”. (Conf. GUEMUREMAN, Silvia y DAROQUI, Alcira, “ La niñez ajusticiada”, Editores del Puerto, 2001, p. 252.)

⁸ VER ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “ Manual de Derecho Penal, Parte General”, 6º Edición, Editorial Ediar, p. 633.

⁹ Art. 56 Directrices de Riad “ en aras de prevenir una mayor estigmatización, persecución y criminalización adicional de personas jóvenes, la legislación debe encausarse de manera tal que asegure que ninguna conducta no considerada ofensa o que no esté penalizada si es cometida por un adulto, tampoco sea considerada una ofensa, ni se encuentre penalizada si es atribuida a una persona joven”. Ver en este mismo sentido: BELOFF, Mary, “ Niños y jóvenes: los olvidados de siempre” publicado en “ *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*” Compilador Julio B. Maier, Editores del Puerto, p.251, nota 19.

¹⁰ Ver BARATTA, Alessandro, “ Criminología crítica y crítica del derecho penal”, Siglo Veintiuno Editores, 5ta edición, p 83 y ss.

11 Observación General N° 10 Comité de Seguimiento de los Derechos del Niño, Los Derechos de los Niños en Justicia Juvenil : “ 7. Muchos niños en conflicto con la ley son también víctimas de la discriminación, V.g. cuando intentan conseguir acceso a la educación o al mercado de trabajo. Es necesario que se tomen medidas que prevengan tal discriminación, inter alia, al proveer a los niños ofensores de la ayuda y asistencia apropiada en sus esfuerzos a fin de reintegrarse en la sociedad, tanto como la conducción de campañas públicas que acentúen su derecho de asumir un papel constructivo en la sociedad (art. 40 (1)).”

¹² Ley 26.061 “ **ARTICULO 39. — MEDIDAS EXCEPCIONALES.** Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen. “

¹³ Sin perjuicio de las Directrices de Riad, Reglas de Beijing y Observación General N° 10 que en honor a la brevedad no analizamos en este trabajo.

¹⁴ Se recomienda ver MORENO, Gustavo Daniel , “ Medidas procesales urgentes para la exigibilidad de los derechos sociales de la infancia”, RDF 39.

