

NIÑOS, NIÑAS Y JÓVENES ANTE EL PROYECTO DE CÓDIGO CONTRAVENCIONAL: EL RETORNO AL PARADIGMA TUTELAR

Por Mauricio Ernesto Macagno

Hay que descreer de las recetas mágicas.

Es común, entre los autores dedicados al estudio de las distintas áreas del sistema penal, señalar que el Derecho penal es el fracaso de las políticas sociales. Y con esto no queremos decir que la pobreza genera delincuencia, o aquello de que “niños pobres” es igual a “pibes chorros”, como gustan aseverar ciertos “opinólogos” mediáticos, sino que cuando las políticas sociales son constantes, diagramadas, serias e inclusivas, el nivel de conflictividad social se reduce.

No obstante, es una constante en materia de seguridad urbana en la provincia de Buenos Aires que se busque una solución punitiva a los problemas sociales, lo que no guarda más lógica que la de intentar cuidar el gallinero con un zorro. A la larga, se destruye todo lo que se intenta resguardar.

En materia infanto-juvenil, hace ya mucho tiempo que no se discute que el paradigma tutelar debe ser abandonado, como confirmaron los constituyentes de 1994 cuando incorporaron la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el denominado bloque de constitucionalidad del artículo 75 inciso 22°, adoptando la doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia. Sin embargo, los cambios legislativos no se sucedieron inmediatamente como merecía la temática regida por el documento internacional.

La materia contravencional no ha sido la excepción, incluso podríamos decir que ha quedado –como sucede generalmente con normas que se consideran “de menor jerarquía”- relegada o posicionada en último término. Un hito impulsor fue -aún cuando hubiera sido preferible que no existiera-, sin dudas, el caso de Walter Bulacio resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 18 de setiembre de 2003 y donde se impuso al Estado argentino la obligación de adecuar la legislación relativa a contravenciones a los cánones de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Es más, la Corte Interamericana le ordenó a nuestro país “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías

previstas en la Convención” y “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹.

Muchas veces se olvida que en el caso mencionado se ligaban normas de fondo y forma de aplicación a niños y jóvenes que se los presumía infractores a la legislación contravencional. Aún el Estado Nacional no ha cumplido adecuadamente las obligaciones impuestas por el organismo internacional, sea por desidia legislativa, por la necesidad de mantener instrumentos de control social para el manejo policial, o porque todo lo referente a las contravenciones ha quedado siempre en manos de los gobiernos provinciales como facultad no delegada al gobierno nacional según el artículo 121 de la Constitución Nacional. Esto último hace que las directrices internacionales repercutan de diferente modo en las distintas provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, atribuyéndose cada gobierno amplias libertades sin observar, justamente, que la Carta Magna es de aplicación igualitaria en todo el territorio nacional y que la inobservancia de los fallos de los tribunales internacionales por parte de alguno de los gobiernos estadales puede acarrear sanciones para la Nación.

Este es, sin dudas, el contexto en el que se propició desde el gobierno bonaerense un proyecto de Código Contravencional que pase al olvido al decreto 8031/73, y que se debatió públicamente el 3 de noviembre de 2010 en la audiencia pública que se llevó a cabo en el recinto del Senado provincial. Pese al transcurso del tiempo sin sancionarse una reforma contravencional –nada se hizo desde aquella época-, es clara la visión gubernamental sobre esta temática.

Los cambios legislativos deben acompañar los cambios sociales, lo que en materia de niños, niñas y jóvenes importa el relegar a otros tiempos pasados el paradigma tutelar-paternalista que nos regía desde los días de la ley Agote. Con sus críticas y aciertos, es lo que pretende instituir el régimen penal juvenil y el fuero especializado actualmente vigentes en el territorio bonaerense. De todos modos, no todo ha sido tan lineal ni coherente, puesto que el paradigma tutelar aún pervive en los institutos procesales y penales que se erigen como característicos de un paradigma que tiene a esta franja etaria como sujetos de derechos. Se da, en los hechos, una convivencia de paradigmas, tanto en lo legislativo como en la cultura de los operadores del sistema, muchos formados en un Poder Judicial reaccionario y retrógrado que “pretendía” lo mejor para el niño, pero sin el niño. De allí que resulte habitual la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en un sentido deformante y

¹ CIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de setiembre de 2003, considerandos nros. 141 y 143.

deformado, donde el interés superior del niño se transforma en la puerta de acceso del tutelaje indiscriminado².

Una y otra vez se observan avances y retrocesos en esta materia, éstos últimos como parte de una concepción autoritaria y sin ninguna consideración de los sujetos de derechos en proceso de formación que los tiene como destinatarios. O quizás como parte de una visión sobre las políticas de seguridad públicas que se ciñe a mayor represión, mayores penas, internamiento y exclusión. Esta convivencia de paradigmas a la que brillantemente nos alude Julián Axat al hablar de “ese eterno objeto de disposición”, se pone de relieve en la pervivencia de los sistemas tutelares de internación en el art. 64 de la ley 13634 para los niños y niñas no punibles³ -“el agujero negro del Patronato latiendo dentro del diseño formal de un sistema de garantía”⁴-.

El proyecto de Código Contravencional, que luego de las fuertes críticas de distintos sectores se halla dormido en el Palacio Legislativo a la espera de tiempos mejores, es un claro ejemplo de un retorno al paradigma tutelar, puesto que hace hincapié en la “peligrosidad” de ciertos grupos sociales como paso previo al ingreso a la delincuencia. Lo que también deja claro este proyecto es que se tratan de las clases más desprotegidas y que esta visión es la que, hasta el momento, ha delineado la política de seguridad del gobierno provincial.

Es necesario alertar que como consecuencia de esta mirada se busca la reinstalación de la figura del “abandono moral y material” en el Proyecto de Código Contravencional Consensuado de las Comisiones de Legislación General y Asuntos Constitucionales del Senado de la Provincia de Buenos Aires, documento de trabajo discutido en la audiencia pública citada. Aún cuando en el art. 145 no se especifica qué ha de considerarse como “abandono material o moral”, aún cuando no se prevé la internación de los niños y niñas en dicha situación sino la intervención del sistema de protección y promoción integral de los derechos de los niños, implica una puerta abierta a la arbitrariedad estatal en los grupos familiares. De allí que poca distancia cabe recorrer para reinstalar la idea de “menores en situación irregular”.

Por la formación de muchos operadores del sistema penal juvenil y de la

² V., por ejemplo, el caso resuelto por la Sala I del T.C.P.B.A., causa n° 68.951, “*Camacho, Cristian Matías s/ Habeas corpus*”, el 30 de enero de 2015, donde se dispuso la libertad de un joven que, a pesar de haber cesado la prisión preventiva, se mantenía internado en un establecimiento de detención para el cumplimiento de medidas socioeducativas.

³ V., en este tópico, las consideraciones y soluciones propiciadas por el Dr. Benjamín Sal Llargués en la sexta cuestión de su voto en la causa n° 52.327, “*Niños y adolescentes de los departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires s/ Habeas corpus colectivo*”, Sala I de Transición de fecha 3 de noviembre de 2014.

⁴ AXAT, Julián, “Ese eterno objeto de disposición. Sobre la baja de la imputabilidad –de hecho- en la

institución policial, cabe la posibilidad de que tal “abandono” –que no se halla en el Proyecto del Poder Ejecutivo sino en el redactado por los legisladores del partido gobernante- sea interpretado dentro de los cánones de un derecho penal de autor de neto corte positivista, como lo era la otrora vigente Ley de Patronato n° 10.903 de 1919⁵. Recordemos que en su art. 21, se establecía que por abandono material o moral debía entenderse la incitación de padres, tutores o guardadores a la realización de actos perjudiciales a la salud física o moral, mendicidad, vagancia, frecuentación de sitios inmorales o de juego, de ladrones, gente viciosa o de mal vivir, o cuando no habiendo cumplido los 18 años venda periódicos u objetos en la vía pública, ejerzan oficios lejos de la vigilancia de los representantes legales o se ocupen en oficios perjudiciales de la moral o la salud.

A pesar de que el Proyecto dispone la intervención de instituciones y organismos no judiciales, se lo lleva a cabo por la vía judicial-penal, lo que implica el paso ineludible de niños y niñas por esta instancia, lo que en la práctica puede aparejar una mayor estigmatización y vulnerabilidad de los mismos y de su grupo familiar.

Por otra parte, el Código Contravencional proyectado no exige que niños y jóvenes hayan cometido una contravención para que resulte de aplicación la norma, sino la mera constatación de un estado de abandono moral o material que debió ser competencia de jueces ajenos al ámbito penal. Es decir, no es necesaria la presencia de una infracción de aquellas que pueden autorizar el conocimiento del juez penal juvenil⁶, sino una circunstancia ajena a la materia de su conocimiento con fundamento en una fórmula vacía de contenido que permite una interpretación sometida a los vaivenes ideológicos y prejuicios del intérprete.

La expresión “abandono moral y material” no es feliz, o mejor, es tributaria del más rancio positivismo paternalista de fines del siglo XIX; hubiera sido preferible referirse a la violación de los derechos del niño, niña o joven que se trate, para habilitar la intervención de instituciones ajenas al fuero penal, y tal como lo impone un

Provincia de Buenos Aires”, en www.pensamientopenal.com.ar

⁵ “Una gran ley ha sancionado recientemente el Congreso Nacional; ley de humanidad, de patriotismo, de conciencia, que reclamaba el país desde hace tiempo”, decía Jorge Coll en la conferencia “Los menores abandonados y la ley Agote” dictada en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, el 11 de noviembre de 1919. V., COLL, Jorge E., *La acción pública y el Derecho Penal*, 2ª ed., Librería e Imprenta Europea de M. A. Rosas, Buenos Aires, 1920, p. 453.

⁶ “Urge cuidar la planta desde la semilla –enseñaba José Ingenieros-, sin esperar que haya retoñado siniestramente: hay que prevenir la delincuencia protegiendo a la infancia, haciendo de su salud física y de su adaptación moral la más grave preocupación de la sociedad. Hacia la infancia enfermiza, física o moralmente, deben converger los mayores esfuerzos de una generosa protección social”. V., *Criminología*, Buena Vista Editores, Córdoba, 2012, p. 265.

paradigma que los estatuye como sujetos de derechos⁷ y no como meros objetos de protección.

En materia infanto-juvenil, al igual que con los adultos, cuando el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales toma conocimiento de la violación de sus derechos, tales situaciones deben hacerse cesar. Pero esto requiere más acción positiva y mayores recursos destinados a esta franja etaria, y menor actuación del sistema penal bonaerense. Por otra parte, hablar de abandono moral y material tiene también la ventaja de proyectar y atribuir “culpabilidad” en cabeza de los padres, una manera en que histórica y culturalmente se ha insistido desde el Estado para evitar su responsabilidad. Una forma de “lavarse las manos”.

La legislación contravencional es generalmente percibida como de “menor cuantía” por el Poder Judicial y la academia, pero es el primer “brazo” represivo del Estado que golpea a los ciudadanos, y los niños y jóvenes no son la excepción. Tan cierto es ello que, como ya lo dijimos, integra una parte esencial del discurso de seguridad pública del gobierno provincial.

Este es, sin dudar, un momento político y social propicio para revisar y discutir esta legislación que, aunque proyectada y descansando en el recinto legislativo, puede ser impulsada con estas improntas tutelares como parte de la panacea de la seguridad ciudadana. Todo muy lejos de un Código Contravencional de convivencia plural y democrática.

De allí, que encendemos esta luz de alarma.

⁷ Así, las leyes nacional 26.061 y provincial 13.298, que siguen los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño.