

Las personas menores de 18 años y las contravenciones.
De lo que sucede en la provincia del Chaco y de lo que debe ser.

Sandra Saidman*

***Años atrás, no respetar los derechos de los niños era aberrante.
Hoy, además, es inconstitucional". UNICEF***

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) en 1989 resultó la culminación de un progresivo proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

En el sentido de la Convención Internacional de los derechos del Niño, el concepto de infancia incluye a todos los seres humanos que no han alcanzado los 18 años de edad, ya sea desde el aspecto jurídico o social.

La CIDN transformó en derechos las necesidades de la infancia y sustituyó la discrecionalidad absoluta amparada en la idea de la incapacidad total en el reconocimiento a los niños como categoría social única y autónoma, estableciendo límites para el ejercicio del deber de protección. Desde el punto de vista de los menores de edad que infringen un precepto penal, la Convención es el disparador central de un nuevo paradigma para la protección integral.

El nuevo modelo impuesto a partir de la Convención nos obligó a repensar el sentido de las legislaciones destinadas a la infancia, convirtiéndolas en instrumentos legislativos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes, cuando entran en conflicto con la ley penal, surgiendo lo que muchos autores han llamado la "doctrina de la protección integral".

Los derechos reconocidos a los niños provienen de su condición de persona y en consecuencia, los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son

complementarios y nunca sustitutivos de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas.

“El adolescente no es simplemente un no adulto, o un adulto en pequeño, es un sujeto diferente considerado en su peculiar condición social de sujeto en desarrollo y dotado de una autonomía jurídica y social en permanente evolución”.¹

Mediante ley 23.849 del 27/9/1990 el Congreso argentino sancionó con fuerza de ley la CIDN. La Convención Internacional tiene a su vez desde 1994 jerarquía constitucional por imperio de su Art. 75, Inc. 22. Esto significa que comparte con la Constitución su supremacía, y a su vez, que leyes, decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual y sentencias, deben aplicar la Convención.

Nuestro país ha asumido el compromiso de adecuar la legislación y las políticas públicas de la infancia y adolescencia a la luz de ésta nueva fuerza normativa a fin de lograr el cumplimiento de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales contenidos en el texto de la CIDN.

Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En 2005 se promulga la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Es una ley genérica que incorpora la idea de sujeto de derechos y refleja las visiones contemporáneas sobre los derechos humanos.

Los derechos reconocidos en esta ley están asegurados por su máxima exigibilidad y *sustentados en el principio del interés superior del niño.*

“La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de

edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.”²

La ley 26061 sienta las bases de un sistema de justicia de menores y exige la reintegración de los niños institucionalizados a la sociedad. Los casos de protección de niños y niñas por debajo de la edad penal, han sido sacados de la esfera judicial y delegados a autoridades administrativas y municipales. Se prevé la participación de la justicia exclusivamente en la supervisión de casos en los que el niño sea separado de su familia de origen por razones de protección y entregado a familias sustitutas o a una institución. Este nuevo paradigma implica la realización de acuerdos conceptuales e institucionales por parte de todos los actores que integran el sistema de protección integral, lo que se traduce en la necesidad de una nueva institucionalidad que realice acciones articuladas y transversales, ajustadas a una práctica de protección de niñez que sustituye a las antiguas instancias represivas o tutelares.

Marca el cese de la competencia proteccional de los juzgados penales de menores en los casos de jóvenes no punibles, cerrando la intervención tutelar del juez penal en niños, niñas y adolescentes menores de 16 años. De esta forma, opera el desplazamiento de la competencia tutelar del ámbito del poder judicial al del poder administrativo.

La Ley 26061 derogó la Ley 10903 de Patronato de Menores, y exclusivamente en lo referente a internación y tutela de adolescentes no punibles, deroga este aspecto de la Ley 22278 (Régimen Penal de la Minoridad) -ver texto actualizado³- y sienta las bases de un nuevo paradigma que obliga al Estado a tomar medidas efectivas en el derecho interno para proteger y respetar los derechos de la infancia internacionalmente reconocidos.

El paradigma de protección integral de derechos otorga prioridad absoluta a la problemática de la infancia y la adolescencia dentro de las políticas sociales. Al reconocer

al niño y al adolescente como sujetos de derechos, ya no pueden ser tratados como objetos pasivos de intervención de la familia, la sociedad y el Estado. El niño tiene derecho al respeto, la dignidad y la libertad, entre otras garantías que, a pesar de ser básicas, están lejos de ser efectivas. Si existe algún derecho vulnerado es debido a la falencia en alguna institución del mundo de los adultos, por lo que serían éstas las que se encuentran en una situación irregular, y no los niños.

En este sentido la política del Estado debe estar dirigida a superar estas situaciones, no pudiendo su implementación implicar alguna vulneración de derechos.

Algunos obstáculos a superar en el camino de construcción de la ciudadanía para los niños y adolescentes son: la discriminación de la que son víctimas, la burocracia administrativa presente en todos los niveles del Estado y la incomprensión a la hora de un abordaje integral de su situación. Al respecto, las buenas prácticas internacionales marcan una clara línea de acción, haciendo hincapié en el establecimiento de amplias redes de servicios públicos, una prevención focalizada, las acciones de reducción de daño, la profesionalización del personal, los procesos participativos que reconstruyen la ciudadanía y sobre todo, la elaboración de políticas públicas.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos, han colocado a la sociedad frente al desafío de ocuparse de lo jurídico-institucional, al cancelar el concepto de “menor”, como un objeto de compasión y represión, por el de niño-adolescente sujeto pleno de derechos.

Sin embargo, un problema que plantea el modelo de protección integral es el de su operatividad. Para un efectivo reconocimiento de los derechos es necesario un cambio cultural y social, que requiere la injerencia de la sociedad en su conjunto en pos de la promoción, la defensa y la exigibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Consideramos que medidas tales como bajar la edad de imputabilidad de los jóvenes no atacan las verdaderas causas sino que solamente buscan limitar sus consecuencias

mediante un discurso represivo que propone una mayor rigidez del régimen penal, cuando el problema de la exclusión solo será superado mediante una distribución menos desigual de la riqueza y la garantía en el acceso a oportunidades, así como a servicios de salud y educación de calidad. Las políticas para la infancia deberían estar focalizadas en la prevención y no en la represión, mediante el fortalecimiento de redes de contención y socialización. Sin embargo, el castigo penal está aun firmemente arraigado en el imaginario social, y se expresa en el pedido de condenas más duras para niños y adolescentes que por su estadio de desarrollo, situación de vulnerabilidad social y su inmadurez emocional no pueden ser juzgados ni recibir los mismos castigos que un adulto, además de ser esto ilegal.

“Una sociedad que piensa más en castigar a sus jóvenes que en generar las condiciones para que ellos crezcan y se desarrollen al margen del delito y la violencia revela una miopía severa y compromete seriamente su futuro. Plantear la responsabilidad penal de los adolescentes sin concretar políticas preventivas y de reintegración social seguramente tendrá efectos sobre la inseguridad: aumentarla al reproducir la exclusión, la marginalidad y la violencia que desde siempre han definido a la justicia penal de adultos”.⁴

Niñas, niños y adolescentes y las conductas calificadas como contravenciones.

El 3/12/2018 se sanciona la ley 2951-N sobre el *Proceso Penal aplicable a los adolescentes en la Provincia del Chaco*. La normativa viene a sustituir al Estatuto Jurídico del menor de Edad y la Familia, ley 903-C (antes ley 4369) y es aplicable a todo adolescente que al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal, sea mayor de dieciséis (16) años y menor de dieciocho (18).

Del nuevo texto normativo no surge ninguna mención a las personas menores de 18 años que lleven adelante una conducta calificada como contravención, como sí lo hacía el

Estatuto en el Art.140⁵ y que expresamente atribuía la competencia penal del “juez del menor de edad y la familia” para entender en las infracciones a la ley de faltas cometidas por las personas menores de 18 años al momento del hecho.

En el punto que aquí nos interesa es válido recordar que siguiendo los lineamientos de la supremacía constitucional, por el Art. 75 inc.22 de la C.N., la CIDN posee jerarquía constitucional y efecto inmediato de ello está constituido por el hecho de que toda legislación interna del país, debe ajustarse al instrumento internacional por completo y en los términos y plazos que la misma Convención determina, so pena de incurrir en responsabilidad internacional por falta de cumplimiento de un tratado ratificado por el país. En concordancia con lo exigido por la CIDN, nuestra provincia dictó la Ley 2951-N que regula el proceso penal para las personas mayores de 16 y menores a 18 años, reconociendo los mismos derechos y garantías que a los adultos más las garantías especiales que le corresponden por su condición y etapa madurativa y consagra el principio de mínima intervención punitiva, entre otras reformas inspiradas en el paradigma de la protección integral de derechos al que ya nos hemos referido.

Las figuras típicas del Código de Faltas son de imposible aplicación a las personas menores de 18 años por ser contrarias al nuevo “sistema de protección” de derechos de la infancia y su aplicación por parte de los jueces de faltas o de paz (con competencia en faltas) implica la vulneración del principio de especialidad, las garantías que establecen los Arts. 37 y 40 de la CIDN y el principio de remisión al sistema de protección de los derechos de la infancia.

En este orden, resulta irrazonable y de imposible articulación la coexistencia de los principios de mínima intervención y subsidiaridad que gobiernan el sistema de responsabilidad penal juvenil plasmados a partir de la CIDN con las sanciones del Código de Faltas chaqueño, esto debido a que no hay prelación de penas y sanciones, ni consideración específica respecto de los menores de edad. Además, sería absurdo

admitir la sanción de éstos, cuando en el orden nacional se encuentra consagrada la no punición de todos los delitos de acción privada y los reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceden los dos años, con multa o inhabilitación.⁶

“En base a ello debemos interpretar que, si un adolescente no es punible por delitos que no excedan los dos años de prisión o que fueran reprimidos con multa, sería ilógico o irrazonable detenerlo y privarlo de libertad por una contravención, cuya pena es una multa o arresto, que en ningún caso no superaría los 8 días, lo que sin lugar a dudas es violatorio del principio de proporcionalidad consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño”.⁷

Pero la realidad nos señala que las personas menores de 18 años incurrir en conductas típicas del Código de Faltas y que también es práctica de la autoridad policial su detención por estos hechos y con criterios dispares, según la jurisdicción judicial, se dé aviso y remitan las actuaciones al fuero de Niñez, Adolescencia y Familia (según Ley N°2951-N) o al Juez de Faltas o de Paz (con competencia en faltas).

Esta situación resulta irregular y violatoria no sólo de la CIDN como ya se manifestó antes, sino también al Art. 30 de la Ley 26061 en cuanto al deber que pesa sobre todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, que debe comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión.⁸

La Ley 850-J (Código de Faltas de la Provincia del Chaco) menciona a los “menores” en tres artículos:

-Artículo 9º: En caso de faltas cometidas por menores de dieciocho años, el Juez aplicará hasta un tercio de la sanción prevista para ellas, a los padres, tutores, guardadores, curadores o responsables, cuando éstos permitan la comisión de las faltas de los menores a su cargo, o sea consecuencia de culpa, omisión o incumplimiento de sus deberes. Preferentemente será de aplicación el Título II del Libro I, correspondiente a penas sustitutivas.

-Artículo 10: En caso de que la falta cometida por el menor fuese la prevista por el artículo 120 inciso c) de esta ley, obligatoriamente se citará al progenitor o tutor o guardador o curador o responsable, a fin de proceder a su vinculación inmediata a la causa por las responsabilidades civiles que les pudieran corresponder y las que fije este Código.

-Artículo 14: Las faltas no serán punibles en los siguientes casos:

a)

b) Cuando la falta fuere cometida por un menor de dieciséis (16) años, se lo pondrá a disposición del organismo judicial competente si se estimare procedente dicha medida, en razón de la índole del hecho, estado de abandono moral o material, peligrosidad revelada u otras circunstancias que aconsejen la intervención del órgano mencionado. En caso contrario se lo entregará a sus padres con las debidas advertencias, pudiendo imponerse la obligación de presentarse al Tribunal durante el término de hasta ciento ochenta (180) días a fin de controlar su conducta. También podrá aplicarse lo dispuesto en el Art.9.

Las normas transcritas, así como cualquier proceso judicial llevado a cabo contra una persona menor de 18 años por una conducta típica del código de faltas, está en clara contradicción con los postulados de mayor jerarquía ya mencionados y es obligación de los jueces de Faltas o de Paz (con competencia en faltas) llevar a cabo, de oficio, el control de convencionalidad y de constitucionalidad y abstenerse de aplicar normas inconstitucionales.⁹

Sabemos que con la sola sanción de uno o varios textos normativos no es suficiente para que el cambio opere en la realidad, pero creemos que para reivindicar los derechos reconocidos a nuestros niños, niñas y adolescentes es necesario reformar íntegramente el sistema y fundamentalmente desterrar antiguas y obsoletas prácticas.

A 30 años de la Convención de los Derechos del Niño, bueno sería otorgarle efectivo cumplimiento y llevar a cabo su mandato, desjudicializando de una vez por todas las conductas de niñas, niños y adolescentes que incurran en alguna figura típica del Código de Faltas, y al momento de constatarse dichos hechos o cuando una persona menor de 18 años pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, efectuar la inmediata comunicación a la Subsecretaría de niñez, adolescencia y familia que es nuestra provincia el órgano de aplicación de la Ley Provincial N° 7.162, por la que se implementa el Sistema Provincial de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.¹⁰

“Como señala Laura Musa:...poniendo fin a un absurdo que duró casi un siglo, la Ley 26061 de Protección Integral dispuso que la Justicia no fuera más la responsable del diseño y ejecución de la política social para los niños pobres. Con una obviedad que avergüenza, se necesitaron cien años para concluir que esa tarea debía estar en manos

del gobierno y la sociedad, y nunca más en manos de aquellos cuya función es dirimir conflictos de naturaleza jurídica y no la de resolver problemas sociales (2008:282).”¹¹

Porque el desplazamiento de la llamada competencia tutelar del ámbito del poder judicial al del poder administrativo resulta en definitiva, la efectivización del paradigma impuesto por la CIDN con relación a la niñez: un modelo que apela a la responsabilidad del Estado, de la sociedad y de la familia para garantizar la protección integral.

Pese a todo lo expuesto y a fin de disipar cualquier duda acerca del tratamiento que debe darse a niñas, niños y adolescentes cuando lleven a cabo una conducta típica del Código de Faltas proponemos la inmediata derogación de los artículos del Código de Faltas mencionados (por inconstitucionales) y añadir a nuestra Ley N°2951-N un texto igual o similar al Art. 83 de la Ley 10450 sobre el Procedimiento Penal aplicable a las personas menores de 18 años de edad de Entre Ríos.¹²

*Jueza de Faltas de Barranqueras.
Integrante de la Asociación Pensamiento Penal

¹ (INFANCIA, AUTONOMIA Y DERECHOS: UNA CUESTION DE PRINCIPIOS, Miguel Cillero Bruñol https://www.google.com/search?q=Cillero+Bru%C3%B1ol%2C+M%3B+Infancia%2C+autonom%C3%ADa+y+derechos%3A+una+cuesti%C3%B3n+de+principios.+Disponible+desde%3A+URL%3A+http%3A%2F%2Fwww.iin.oea.org%2FCursos_a_distancia%2FInfancia_autonomia_derechos.pdf+P%C3%A1g.+4&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b)

² Art. 2, Ley 26061. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114167/textact.htm>

⁴ ¿Qué hacer con la justicia juvenil?, Mary Beloff, AD-HOC, pág. 107.

⁵ Al momento de este trabajo consultada la pág:

<http://www2.legislaturachaco.gov.ar:8000/Documentos/Ley/VistaPublicaLey/32727> el Art. 140 aparece vigente: PROCEDIMIENTO PENAL Artículo 140: El Juez de Menores de Edad y Familia con competencia penal intervendrá para entender en las infracciones a la ley penal y de faltas cometidas por las personas menores de 18 años al momento del hecho y, sin perjuicio de mantener su competencia penal, remitirá copia de las actuaciones a la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia o Delegación Regional, a los fines de que asuma la intervención correspondiente.

⁶ Art. 1) Ley 22278 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114167/textact.htm>

⁷ Ley N°9861 Protección Integral de los Derechos del Niño, el adolescente y la Familia, Modificada por la Ley 10450 sobre PROCEDIMIENTO PENAL aplicable a las personas menores de 18 años de edad, Pablo Barbitto, Delta Editora.

⁸ **ARTICULO 30.** — DEBER DE COMUNICAR. Los miembros de los establecimientos educativos y de salud,

públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión. Ley 26061 en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

⁹ Ver en “GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CONTRAVENCIONAL.” Análisis convencional y constitucional del Código de Faltas de la provincia de La Pampa y propuesta de reforma. Alejandro Javier Osio. 3. Control de Convencionalidad y constitucionalidad

¹⁰ UNIDADES DE PROTECCIÓN INTEGRAL (UPI), <http://chaco.gov.ar/ninez/programa/85>

¹¹ Cit. En <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/655-1667-1-PB.pdf>

¹² **Artículo 83°.- CONTRAVENCIONES.** La justicia penal de niños y adolescentes no será competente en materia contravencional cuando la persona menor de 18 años de edad estuviere incurso en una conducta calificada como contravención, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, la autoridad preventora deberá comunicar de inmediato a sus referentes legales y al organismo administrativo, a efectos que el mismo adopte las medidas de protección respectivas, si correspondieren.

En ningún caso la autoridad policial podrá demorar o privar de libertad a personas menores de edad en materia contravencional.

Cualquier demora o incumplimiento injustificado en el procedimiento establecido en el presente artículo será considerado como falta grave del funcionario interviniente.