

De niños y penas: Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la provincia de Buenos Aires

POR ERNESTO DOMENECH (*) - MARÍA JOSÉ LESCANO(**) - INÉS JUAREGUIBERRY (***)

Sumario: I. Los niños en Buenos Aires. II. Una revolución inconclusa. III. Las virtudes. IV. Los reparos.

Resumen

El presente trabajo es una breve reseña acerca de las transformaciones legales habidas en la provincia de Buenos Aires con relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A través del mismo se intenta exhibir, con una mirada más amplia a lo estrictamente legal, las dificultades y aciertos de una política legislativa que aspira a homologar en esta provincia, el esquema axiológico que emana de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Palabras Clave

NIÑEZ - DERECHOS DEL NIÑO - PATRONATO

OF CHILDREN AND PUNISHMENT

Abstract

This paper is a brief overview of legal changes taken place in the province of Buenos Aires in relation to the rights of children and adolescents. Through it attempts to display, with a broader look at what is legal, difficulties and successes of a legislative policy which aims at bringing in this province, the axiological scheme emanating from the International Convention on the Rights of the Child.

KEY WORDS

CHILDREN - CHILDREN'S RIGHTS - BOARD

Primeros apuntes

1. Los niños en Buenos Aires

2. Una revolución inconclusa

2.1. El Poder de juzgar niños en el Patronato

El paradigma del Patronato cumplió en la Provincia de Buenos Aires (Domenech y Guido: 2003) el mayor de sus deseos: la institución del Juez de Menores como un *"buen padre de familia"* a través

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal. Director del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Director del Proyecto de Investigación sobre la Ley 13.634 iniciado por Unicef y continuado por el Programa de Incentivos.

(**) Secretaria del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Integrante del Proyecto de Investigación sobre la Ley 13.634 iniciado para Unicef y continuado en el Programa de Incentivos.

(***) Integrante del Proyecto de Investigación sobre la Ley 13.634 iniciado para Unicef y continuado en el Programa de Incentivos. Actualmente becada en la Universidad de Yale.

de la sanción de la ley provincial 4664 de creación de Tribunales de Menores (1). Una verdadera curiosidad: un Juez único, pero denominado Tribunal. Uno y trino como misterio divino. Único era sí el cargo, trinos que eran, en cambio, los saberes pensados al modelar y diseñar los procedimientos: el jurídico, el médico, el social. De este modo ciertas opiniones eran indispensables para tomar decisiones sobre los niños infractores de la ley penal: la del médico, la del psicólogo, la del asistente social.

La desmesura no sólo atravesaba el nombre de la institución, sino también el Poder de juzgar de los Jueces de Menores, porque las facultades de los Jueces de Menores estaban reguladas concentrando un poder de decisión que en los adultos se fragmenta para fanatizar sus derechos.

¿En qué se manifestaba? De maneras diversas.

- n primer lugar por las posibilidades penales que la legislación nacional le otorgaba, muchas veces asociadas a expresiones de singular vaguedad como *"peligro moral y material"*, pero también por otros factores.

- Luego en la competencia múltiple que caracterizaba al Juez de Menores que era Juez de Familia y Juez Penal, Juez de niños, pero también de adultos (en las materias civil y contravencional).

- Además en los juicios de infancia no había partes claras: el Asesor de Menores se comportaba a la vez como Fiscal (defendiendo los intereses sociales) y como defensor del Niño, aunque los padres del Menor podían, sujetos a la decisión del juez, proponerle un abogado particular.

- El mismo Juez que investigaba el delito era quien debía fallar el caso en definitivo, de modo que el Juez del Juicio tenía, de alguna manera, comprometida ya su opinión antes de decidir. Era Juez de pesquisa y sentencia.

- Los hechos se probaban mediante un sistema de convicciones libres, que en realidad se emplea, cuando son más de una persona las personas que deben decidir. Pero los Tribunales de Menores eran, en realidad, unipersonales.

- Las decisiones que el Juez tomaba eran recurribles, pero en forma limitada. Sólo las cuestiones *"de derecho"* eran sometidas a las Cámaras de Apelación, no las *"cuestiones de hecho."*

- Por último, el mismo Juez que dictaba la sentencia controlaba su ejecución. Era por tanto este magistrado *"buen padre de familia,"* Juez de ejecución.

Semejante concentración de poder exigía, en este diseño institucional, un saber especializado que se requería para ocupar el cargo.

Desde el inicio mismo de este Fuero estas características sufrieron serias críticas constitucionales, aún sin la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, básicamente por agravar el derecho de defensa en juicio y el de la igualdad constitucional. Y leyes similares fueron declaradas inconstitucionales por la Corte de los Estados Unidos, un país cuya Constitución ha servido de modelo inspirador a la nuestra.

(1) DOMENECH, Ernesto, Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal. Director del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. Director del Proyecto de Investigación sobre la ley 13.634 iniciado por UNICEF y continuado por el Programa de Incentivos. LESCANO, María José, Secretaria del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. Integrante del Proyecto de Investigación sobre la ley 13.634 iniciado para UNICEF y continuado en el Programa de Incentivos. JUAREGUIBERRY, Inés, Integrante del Proyecto de Investigación sobre la ley 13.634 iniciado para UNICEF y continuado en el Programa de Incentivos. Actualmente becada en la Universidad de Yale

2.2. Los cambios en la actualidad

En la jurisdicción provincial, después de numerosos y frustrados intentos de modificación legislativa, (Domenech, 2008:211) se ha llegado a la situación legal actual (2) con la impronta que supuso la aprobación de la ley 13.298, y sus complementarias (3). Cambio profundo que alcanzó a la distribución de competencia entre los poderes del Estado, y concretamente en los fueros, de Familia y Penal, que habrán de entender en los problemas de la infancia.

¿Cómo caracterizarlos?

En este nuevo esquema la figura del Juez de Menores ha desaparecido. Sus diversos poderes han sido fragmentados. Las cuestiones “*asistenciales*” no son ya de su competencia, sino que se abordan por la Administración Pública (Provincial y Municipal) a través del llamado Sistema de Promoción y Protección de Derechos (4).

Las situaciones conflictivas que se susciten, cuando medien vulneraciones de derechos, serán atendidas por los Jueces de Familia, quienes habrán de decidir en torno a ellas con un proceso de partes, bilateralizado, con mecanismos de mediación, y generosidad recursiva.

En el Fuero Penal aparecieron nuevos actores, nuevos órganos de decisión y nuevos procedimientos.

A partir de la ley 13.634 -que introdujo ciertas reformas a la anterior-, se construyó el sistema de Responsabilidad Penal Juvenil Así se fue diseñando un proceso penal para el niño (Folino, Gutiérrez, Domenech y Lescano: 2008) similar al proceso penal de los adultos, que se aplica en forma subsidiaria (5).

Un proceso acusatorio, de partes y de terceros imparciales, en el cual el desempeño de los Fiscales y Defensores especializados y la presencia del Juez de Garantías, generan el grato auspicio de pensar que la Justicia de los Jóvenes ya no será entendida como una jurisdicción de “*interés menor*”.

La pesquisa se inicia con la denominada investigación penal preparatoria que se encuentra a cargo del Fiscal. Lescano, 2006:41) Los plazos para su realización son breves y precisos (6) y si bien la recolección de pruebas se orienta a acreditar el hecho y la autoría o participación del joven presunto infractor, en ocasiones, el Fiscal del Joven requerirá también jurisdiccionalmente por aquellos adultos que pudieron haber intervenido del evento dañoso (7).

(2) Detrás de esta concepción anidaba el ideal benefactor que consideraba que, en el siglo de los niños, no existían intereses contrapuestos entre el Estado y la Infancia. Una conclusión que justificó que no se imaginasen partes enfrentadas, que un Juez imparcial debía dirimir. Por el contrario se pensaba que el Asesor de Menores (sin fiscales ni defensores) podía representar simultáneamente los intereses del niño y de la sociedad.

(3) Una vez sancionada la ley N° 13.298, el Ministerio Público accionó judicialmente solicitando su paralización, a lo que accedió la SCJBA mediante el dictado de una medida cautelar. En diciembre de 2006 se aprobó por el Poder Legislativo provincial la ley 13.634: “Del fuero de familia y del fuero penal del niño”, aspirando a complementar la ley anterior y de esta manera superar los reclamos que fundaron la acción promovida por la Procuración. Poco tiempo después (28/2/07), la SCJBA declaró abstracta la cuestión a resolver. Nuevamente, la Procuradora General interpuso un recurso de revocatoria “*in extremis*” contra ese resolutorio, que fue rechazado por la Corte Provincial, luego de la sanción de la ley 13.645 (14/3/07).

(4) Leyes N° 13.634, 13.645, 13.797, 13.772 y 13.821.

(5) Entre los pilares de este nuevo sistema se halla la descentralización institucional que responde a la concepción de que las diferentes problemáticas de los niños deberían encontrar respuesta en el ámbito comunitario. En este sentido, fueron modificadas las jurisdicciones administrativas provinciales, que ahora se corresponden con la división territorial del Ministerio de Educación.

(6) Recuérdese que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires fue reformado por la ley 11.922 y comenzó a regir a fines de 1998.

(7) Si en el proceso hay detenidos, la investigación penal preparatoria iniciada por el Fiscal no podrá exceder de 120 días, plazo prorrogable por 60 días por causa fundada.

El juzgamiento se realiza por órganos diferentes de los que han participado en la investigación penal preparatoria y que varían desde Jueces unipersonales para delitos menos graves, hasta Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, que se conforman con tres de esos Jueces (8).

El derecho constitucional a la doble instancia judicial se efectiviza con la intervención de las Cámaras de Garantías ante las cuales se recurre, en el reconocimiento de una amplia legitimación activa. En esa instancia se revisan, tanto decisiones de la investigación preliminar del hecho, como la decisión final del juicio propiamente dicho. También las vinculadas a las medidas cautelares y las inherentes a la ejecución de las consecuencias jurídicas.

El recurso es siempre el mismo aunque con diferentes denominaciones. La apelación se interpone en forma oral o escrita según la etapa del proceso de que se trate.

A diferencia del proceso de adultos en la provincia, se ha eliminado el recurso de casación, y no se han previsto jueces especiales para la ejecución, sino que la misma es controlada por el propio órgano que impusiere la medida a cumplir.

Vale observar, que estas dos instituciones (Tribunal de Casación y Juzgados de Ejecución), en el sistema procesal que rige para los adultos, han “colapsado” por la cantidad de casos a resolver, sea por diseños jurisdiccionales inadecuados o por imprevisión o ineficiencia en la gestión que acompañó a la innovación legal. Bien podría pensarse entonces que, frente a esta realidad, el legislador provincial estimó prudente no incorporar tales instituciones al sistema de infancia que se creaba.

Es importante destacar que la ley exige la especialización de los operadores como condición para ocupar el cargo, y asimismo menciona la necesidad de contemplar procesos de capacitación. La curiosidad radica sin embargo, en que dicha capacitación se requiera en los operadores jurídicos de primera instancia, pero no así para los Magistrados que deban resolver las apelaciones.

Como nota relevante, queda claro en el nuevo diseño procesal, que los niños gozan de las mismas garantías que tienen los adultos que son sometidos a la justicia penal. Y en determinadas situaciones, el legislador ha establecido un mayor resguardo, precisamente en consideración a la situación evolutiva del joven, que es una persona en transición, en desarrollo. A modo de ejemplo puede citarse la garantía expresamente introducida por el art. 67 de la ley 13.634 que establece que si la sentencia condenatoria dictada al adulto es más leve que la que se aplique al niño en un caso concreto, deberá procederse a una revisión oficiosa.

La ley ha contemplado la posibilidad de aplicar medidas cautelares sobre el joven imputable y aplicarle hasta prisión preventiva. Pero no ha agotado allí sus regulaciones: ha previsto la posibilidad de aplicar consecuencias jurídicas a los niños no punibles y hasta ha regulado su incidencia al momento de computar las penas.

Vale la pena detenerse en estas reglas, pues como puede verse, reiteran una singular tensión normativa que posee diversas aristas.

Por un lado muestra una extraña tendencia por parte del legislador provincial en invadir facultades que han sido delegadas a la Nación. Basta una rápida mirada para advertir que la ley ha regulado instituciones típicas de los sistemas de responsabilidad penal como son: la previsión de consecuencias jurídicas para los jóvenes infractores a la ley penal, el cómputo de la prisión preventiva y la ejecución, que están regladas por la ley 22.278, el Código Penal y la ley 24.660, respectivamente.

Particular tensión se exhibe entre el régimen procesal local con el régimen de responsabilidad penal juvenil, en especial en lo atinente a las consecuencias que deben adoptarse cuando un niño no punible ha entrado en colisión con la ley penal (9).

(8) Cfr. art. 66 de la Ley 13634.

(9) El sistema de integración de los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil ha sido cuestionado por la complejidad que supone su operativización. Las dificultades se advierten por ejemplo en aquellos Departamen-

Estas tensiones en sí mismas exhiben la ausencia de consensos para instituir un nuevo régimen penal juvenil (10). De manera constante se ha reconocido que la ley 22.278 implica desajustes con las prescripciones de la CIDN. Sin embargo, los cuestionamientos no son enunciados con detalle, ni claridad, y mucho menos se ha podido vislumbrar un debate profundo sobre el tema (Domenech, 2008). Lo cierto es que las aludidas tensiones han motivado pronunciamientos dispares, y la decisión de la Corte Suprema de no declarar en forma genérica la inconstitucionalidad de la ley 22.278 (11), no hace más que abrir interrogantes.

Estas tensiones de orden nacional se han replicado en la jurisdicción provincial con relación a la posibilidad de aplicar ciertas medidas a los niños no punibles, una regla que ha merecido reparos de constitucionalidad (12).

2.3. Las dificultades para cambiar

Diversos tipos de dificultades caracterizan los cambios legales en la Provincia de Buenos Aires que involucran a todos los poderes, y que incluye a la comunidad.

2.3 a. La anomia

Una suerte de anomia aparece los diversos poderes involucrados.

2.3. a 1. La anomia legislativa

Existe una verdadera anomia legislativa que tiene distintos indicadores.

Por un lado los procesos de construcción de las leyes se realizan de modo apurado y sin suficiente debate.

Por otro, la innovación legal es incesante lo que provoca no pocas dificultades tanto para conocer adecuadamente las reglas como para aplicarlas e ir construyendo modos acordados de usarlas e interpretarlas.

No son sin duda indicadores desvinculados unos de los otros. Cuando no existen acuerdos y consensos es frecuente que las diferencias y las imprevisiones se manifiesten al momento de aplicar las leyes, lo que motiva que deban ser una y otra vez modificadas (13).

Ambos procesos han caracterizado a los cambios legales en la Provincia de Buenos Aires desde la sanción de leyes que intentaron ajustar la normativa provincial a las prescripciones de la CIDN.

tos Judiciales en donde la cantidad de jueces de Responsabilidad Juvenil y Jueces de Garantías del Joven resulta insuficiente y ello se torna más complejo si se atiende al traslado de los magistrados que deba realizarse atento las amplias extensiones territoriales de nuestra provincia (art. 27 de la ley 13.634).

(10) Art. 64 de la ley 13.634

(11) Aunque debemos señalar que por estos días afortunadamente han comenzado a tratarse por el Poder Legislativo nacional, los numerosos proyectos presentados para consagrar una ley que modifique la n° 22.278, de conformidad con los postulados emanados de la CIDN

(12) Cfr. Resolución del 2 de diciembre de 2008 de la CSJN en causa N° 7537, "GARCIA MENDEZ, E./ MUSA, L S/ rec. de hecho"

(13) Cabe citar que el hábeas corpus interpuesto por el defensor oficial Dr. Berenguer del Departamento Judicial de La Plata en el que es declarada por el Dr. Cacivio, Juez de Garantías del Joven, la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13.634 como así inaplicables los artículos 1, tercer y cuarto párrafo de la ley 22.278/80. Así el Sr. Juez entendió que se transgredía la norma constitucional en cuanto se permite por la norma provincial la privación de la libertad de un niño no punible cuando en realidad el Estado ha renunciado a ejercer el ius puniendi (causa 06-00-041750-08 caratulada R, S. A. / Hábeas Corpus) Frente a esta resolución la Fiscal del Joven, Dra. Catani, dedujo apelación y posteriormente la Sala Primera de la Cámara de garantías en lo Penal de ese Departamento Judicial, revocó la decisión impugnada (Resolución del 11 de marzo de 2000. Reg. n° 80)

Los efectos de esta anomia son serios: una fe desmesurada en los cambios legislativos es de inmediato seguida por un descreimiento en ellos. Las reglas a poco que se sancionan son objeto de peticiones o declaraciones de inconstitucionalidad que obedecen a diversos propósitos.

Posponer su vigencia, no aplicar ciertos aspectos de la ley o, como ha ocurrido de manera reciente, sancionar un conjunto de leyes -de manera poco armoniosa- para instaurar en la provincia el nuevo paradigma (14), tendría que llevar a reflexionar acerca de cómo debe utilizarse el instrumento legal para ser idóneo en la transformación de las “prácticas”.

2. 3. a.2. La anomia judicial

Pero la mencionada anomia legislativa se ha visto acompañada por otra que podríamos denominar judicial, y que se caracteriza por el crecimiento geométrico de declaraciones de inconstitucionalidad, muchas veces de modo genérico y con apartamiento curioso de las circunstancias del caso al que deben aplicarse.

La inconstitucionalidad de las leyes ha sido un recurso frecuente. Muy justificada en algunos casos (ya hemos visto que las leyes han sido poco respetuosas de las normas constitucionales), en otros se exhibe sin una justificación debida, o dotada de enorme vaguedad y mera apelación a principios poco caracterizados. Esta proliferación excesiva altera la división de los poderes y de la representación política constitucionalmente consagrada.

También son comportamientos anómicos aquellos exhibidos por los operadores judiciales que -según su función-, bajo el formato de la nueva legislación, mantienen en sus prácticas el espíritu de la norma propia del Patronato.

2. 3. a.3. La anomia ejecutiva

Y la anomia ejecutiva es quizás la más perceptible, en razón de que la matriz de la reforma legal apunta a volcar en el Poder Ejecutivo la responsabilidad de programar y desempeñar políticas activas (15) que sean capaces no sólo de satisfacer derechos, sino también de prevenir otras conflictividades en la infancia.

La creación de los servicios locales y zonales de protección de derechos y la capacitación del personal en este nuevo abordaje es una clara muestra de la dificultad añadida que tiene la reforma desde la perspectiva del Poder Administrador.

Si bien ha habido avances considerables en este ámbito, todavía se advierten resistencias de toda índole que obstaculizan el cambio.

No puede soslayarse lo arduo que resulta coordinar la intervención a nivel municipal con la provincia, desde múltiples aspectos a saber: la escuela, el hospital, las instituciones de seguridad, etc.

Y de las observaciones empíricas hasta ahora realizadas se percibe que el impacto de los Servicios Locales y Zonales de protección sobre la problemática de la infancia ha sido dispar en toda la provincia. En parte, porque son diversas las complejidades de los asuntos que deben atender en los respectivos distritos, pero también porque previamente a la conformación del sistema eran distintos

(14) Aún hoy se siguen dictando reglamentaciones y normas aclaratorias para definir aspectos operativos que no fueron debidamente atendidos al momento de diseñar las leyes originales. Resultó particularmente engorroso llevar a cabo la implementación de ciertos institutos durante la transición, distribución de competencia entre los nuevos órganos, o el modo en que las medidas y planes debías de ser gestionados.

(15) Así conviven en el nuevo bloque de leyes provinciales relativas a la infancia y adolescencia, una sobreabundancia de normas sobre derechos y garantías ya declarados en otras leyes -por ejemplo el derecho del niño a ser oído- con una llamativa ausencia de normas operativas.

los niveles de organización institucional que poseían. Además ha sido fundamentalmente diverso, el grado de voluntad política advertido al implementar el cambio (16).

2. 3.b. Los disensos

Las tensiones descriptas en la legislación nacional evidencia la existencia de disensos y diversos criterios de lectura e interpretación de las reglas de la CIDN. Un fenómeno que no debe extrañar en absoluto, pues es común a cualquier regla, por los problemas del lenguaje con que las formulamos, y previsible cuando reglas de igual jerarquía colisionan entre sí. Y que es mucho mayor, cuanto más vagas son las expresiones que se ponen en juego. Algo que ocurre sin duda con la formulación de principios genéricos, como el denominado *“interés superior del niño”*(17) que se emplea en la CIDN.

Estos disensos típicos de regímenes democráticos en los que no impere un pensamiento único, deben ser no sólo tolerados sino bienvenidos. Una bienvenida que debería caracterizarse por el mejoramiento de la calidad del debate, el respeto por el opositor y la claridad del lenguaje que se utiliza para debatir y razonar. Cualidades que no son precisamente, las que sustentan muchas de las expresiones penales que nos circundan.

El modo en que ha nacido la nueva legislación de infancia no ha permitido un debate claro ni cuidadoso. No ha habido espacio de juego para el disenso. Porque en realidad se ha debatido contra una suerte de enemigo común: *“el Patronato”* sistema *“viejo y autoritario”* que irremediamente debía ser destruido.

Esta falsa antinomia que extrañamente se construyó respecto de la legislación de infancia, sólo es una reproducción de lo que ya ha ocurrido con otras cuestiones sociales, en donde el afán de lucha reunió pensamientos disímiles, convocando sus fuerzas para derrotarlo, pero que, ya en el poder, destilan sus diferencias. Ahora bien, desarticulado el Patronato ¿cómo se debía instaurar el nuevo sistema?

Lo expuesto lleva a concluir que la falta de sutileza de los análisis de base, la ausencia de un claro diagnóstico de la realidad sobre la que debe actuar la ley (18), la simplificación de sus registros, son elementos que de no ser erradicados en el momento oportuno, pueden empañar, oscurecer y poner en grave riesgo el valioso intento de transformación del sistema de infancia que desde antaño se proclama.

(16) Como hemos señalado en el informe final de la investigación realizada entre el IDN y Unicef Oficina Argentina durante los años 2007/09 (DOMENECH, E./JAUREGUIBERRY, I./ LESCANO, M.J./ GAVAGNIN, M./ HERNANDEZ, C.: “Análisis sobre la puesta en vigencia de una ley de Infancia en la provincia de Buenos Aires. Especial referencia a la ley 13.298, su modificatoria y antecedentes normativos”), las carencias y/o ineficiencias de las políticas públicas destinadas a la infancia y adolescencia, en buena medida se relacionan con la inexistencia de un diagnóstico adecuado sobre su composición y necesidades. En el año 2002, algunas organizaciones no gubernamentales presentaron un informe alternativo ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, destacando la deficiente información que proporcionaba el Estado Argentino. Asimismo se denunció que resultaba preocupante que en los últimos años el Estado no había cumplido con su obligación de recolectar, producir, sistematizar y analizar información sobre el estado de la infancia y adolescencia para evaluar la efectiva vigencia de los derechos consagrados en la CIDN. El Comité de Derechos del Niño, en sus Observaciones Finales, recomendó al Estado Argentino que mejorara su “sistema de recolección de datos con vista a incorporar todas las áreas protegidas por la Convención de manera discriminada. Tal sistema debería abarcar a todos los niños por debajo de los 18 años, con énfasis especial en aquellos niños que son particularmente vulnerables, incluyendo chicos con discapacidades; y utilice efectivamente estos datos e indicadores para la formulación y evaluación de políticas y programas para la implementación y monitoreo de la Convención”. Recomendación que aún hoy todavía no ha sido debidamente receptada por el Estado Argentino.

(17) En 2004, con la sanción de la Ley 13.163 y el dictado del Decreto 609/04 se inició en la provincia la desconcentración de fondos para el armado del Sistema de Promoción y Protección de Derechos a nivel local (Servicios y Consejos Locales y Programas Sociales), decisión política que buscaba dotar a los gobiernos Municipales de herramientas para convertirse en verdaderos actores del cambio normativo propuesto. Sin embargo esta excelente iniciativa no fue acompañada con una actividad de contralor suficiente.

(18) Art. 3.1. de la CIDN y art. 4 de la ley 13.298.

2. 3.c.Ejes problemáticos del cambio

Más allá de las dificultades señaladas la nueva legislación no obstante, enfrenta otros problemas y desafíos:

- El modelo inspirador del régimen procesal de los adultos se encuentra en una crisis severa que se evidencia en sus numerosos y -poco consistentes- intentos de cambio. Un ejemplo a citar es la propuesta que alguna vez surgió de un sector político provincial de eliminación del Tribunal de Casación (19). Con dicho antecedente, el desafío que debe afrontar el nuevo sistema de infancia, será evitar que “*colapse*” el funcionamiento de las nuevas instituciones a crear, dada las propias dificultades que exhibe el sistema penal de adultos que rige en la actualidad.

- Complejo es que el nuevo régimen de la Provincia de Buenos Aires, no encuentre su correlato u homologación en una ley Nacional que exhiba los principios que emanan de la CIDN. Esta disfuncionalidad hace que el marco procesal provincial en ocasiones a modo de cubrir lagunas se exceda, involucrando disposiciones que le corresponden regular exclusivamente a la jurisdicción nacional. Es lo que ocurre por ejemplo, cuando la legislación provincial “*avanza*” sobre cuestiones típicamente punitivas, como es la previsión de las consecuencias jurídicas para el supuesto de que un niño infrinja la ley penal.

- La implementación del nuevo sistema depende de una gestión cuidada y de la disponibilidad de recursos suficientes. Este aspecto no ha sido lo suficientemente previsto para la implementación de la nueva ley. La transformación exigida es extraordinaria, alcanza a los tres poderes del Estado y a cada uno de los sujetos que operan en el sistema de infancia.

- En lo que hace al Poder Judicial, ilustrativo resulta observar cómo la nueva normativa introduce cambios profundos en el modo en que se deberá ejercer la magistratura. La función del Fiscal, Defensor y del Asesor, naturalmente también se encuentran alcanzadas por la reforma. Y ello debe ser acompañado por políticas integrales, a largo plazo, que permitan ir tallando nuevas mentalidades, nuevas respuestas con una mirada realista respecto del desafío asumido.

- Por otra parte algunas dificultades normativas no provienen exclusivamente de la nueva legislación de infancia, sino de las modificaciones e impugnaciones que están sufriendo disposiciones del Código Penal, que reiteradamente se han considerado no constitucionales. Entre ellas, figuran cuestionamientos que han sufrido las distintas clase de penas, la reincidencia, la peligrosidad, etc.

De este modo la legislación punitiva transformada en un proceso veloz y muy poco consistente, se ha visto controvertida en muchas de sus instituciones. Controversias que tienen lugar en medio de una significativa conflictividad social, cuyo impacto político no es menor, y que pone en tela de juicio la inseguridad y sus sensaciones ciudadanas.

2. 3. c. Los problemas de técnica legislativa

Como ha ocurrido con el C.P. la técnica legislativa no ha sido adecuada, ni cuidadosa.

La sola observación de las diversas leyes, reglamentaciones y acordadas que componen el actual conjunto normativo de la infancia en la provincia de Buenos Aires, es elocuente.

La Provincia en este aspecto ha dictado leyes proféticas: leyes que anuncian las llegada de otras que resolverán las cuestiones, y las nuevas han reiterado una y otra vez regulaciones ya previstas en el CIDN, la Constitución Nacional, y el CPP.

(19) Ya hemos puesto de manifiesto que resulta preocupante promover en la provincia un cambio tan radicar sin contar con un diagnóstico claro de la realidad de la infancia y adolescencia. La provincia carece de estadísticas ciertas sobre este universo de personas, de modo que las políticas públicas que debe implementarse se encuentran seriamente comprometidas desde el mismo momento de su diseño.

Si se analiza la estructura legal se podrá constatar que un mismo tópico (el recurso de apelación es casi paradigmático) se reglamenta en diversos sitios de la ley, lo que dificulta un acceso claro y sistemático.

A ello se le suma la existencia de lagunas (20), y la existencia de remisiones inadecuadas.

No menos inconvenientes ha provocado –y sin dudas seguirá provocando– la aplicación subsidiaria de las reglas procesales de adultos. La aclaración de que ellos serán aplicables ante cualquier cuestión no regulada “con la especificidad de serlo respecto de niños” no resulta exenta de vaguedad y por lo tanto se requerirá de una seria elaboración jurisprudencial que permita superar las incertidumbres actuales.

Y muchos pueden ser los ejemplos a citar en igual sentido.

2. 3. d. Los problemas de gestionar los cambios

La implementación del nuevo sistema depende, como se ha dicho, de una gestión cuidada, consensuada, y con disponibilidad de recursos suficientes. Y vale la insistencia, pues abordar las conflictividades que exhibe la Infancia en la provincia de Buenos Aires (21) no es sólo una variación, cual jugada de ajedrez, del esquema institucional y de sus actores. Es importante destacar que las conflictividades surgidas con relación a los derechos de los niños pueden presentarse en los aspectos más diversos, lo que exige mayor agudeza en la planificación de una política pública. En tal sentido desde el IDN por ejemplo hemos estado trabajando en el reconocimiento de los derechos de los niños que se hallan en las Unidades Penitenciarias junto a sus madres

El cambio al que se apunta es profundo. No basta con reconocer derechos. Es necesario pensar vías para brindar su satisfacción efectiva, a través del Estado pero en gran medida, con un fuerte compromiso comunitario.

La provincia de Buenos Aires con esta nueva ley se ha comprometido a afrontar, entre otras muchas cuestiones, los graves problemas que aquejan los barrios más pobres y desvalidos, en donde las necesidades más elementales de los niños y jóvenes, aún hoy no han sido plenamente satisfechas.

Muchos otros son los derechos reconocidos a los chicos en la provincia y en la CIDN, pero actuar con franqueza y racionalidad conduce ineludiblemente a establecer prioridades. O al menos, predefinir acciones de intervención en atención al corto y al mediano plazo.

Por tanto la nueva ley sólo es el cauce a través del cual debe fluir una política de Estado que sea capaz de absorber -con la intervención coordinada de los tres poderes-, esta demanda social, en lo inmediato y asimismo en los años venideros.

2. 3. e. Las prácticas

- Finalmente la proliferación de reglas destinadas a sustituir el Paradigma del Patronato, no se ha visto acompañada de la renovación amplia de las prácticas administrativas y judiciales. Los cursos de capacitación habidos han sido escasos.

Configurar y evaluar las prácticas que resulten acordes a los parámetros valorativos brindados por la Convención sobre los Derechos del niño, es asimismo, una asignatura pendiente.

(20) Sin embargo, es dable señalar que la nueva legislación de infancia no prevé la existencia de un recurso de casación, y por tanto, tampoco la intervención de la Cámara de Casación Penal.

(21) En este sentido, la ausencia originaria de un procedimiento penal aplicable a la transición resulta paradigmática, como también la distribución de competencia entre los Juzgados de Paz Letrados, los Tribunales de Familia y la competencia residual de los jueces de Menores para intervenir sobre: guarda con/sin fines de adopción, etc.; como también la inexistencia de un órgano que resuelva los conflictos de competencia entre órganos penales de distinta jurisdicción.

2.3.f. La cultura del patronato

Desde otra mirada, fuera de lo discursivo, las prácticas del patronato pese a lo que creen algunos vencedores, aún no han sido erradicadas.

En las escuelas, los hospitales, en los barrios aún queda vigente la figura del “*Juez de Menores*,” ello hace pensar que aún no ha habido una campaña integral y sistemática para informar a los ciudadanos acerca de sus derechos y de cómo funciona el nuevo sistema de infancia (22). Esta ausencia de campañas de información generan el interrogante acerca de cómo se podrá internalizar el nuevo sistema de infancia por la ciudadanía en general. Es dable recordar que el derecho a la información se vincula íntimamente con el principio de publicidad de los actos de gobierno, elemento constitutivo de la República como forma de organización política, y la imposibilidad de ejercer dicho derecho pone en juego la calidad institucional de la República.

3. Las virtudes

La primera y principal virtud es que la nueva legislación reconoce que los niños deben ser tratados en igualdad, en dignidad. Ningún ámbito de la vida social puede quedar ajeno al respeto de estos valores. El niño es sujeto de derecho y tiene los medios para exigir su reconocimiento.

Qué duda cabe que el Estado debe asumir un rol activo, expresar estrategias de intervención respecto de los Derechos de la infancia, en un contexto democrático y social. Y qué duda cabe que la sociedad civil, no puede mirar más para otro lado, esperando que las cosas se solucionen o por un Juez omnipotente, como en las mejores épocas del Patronato, o por el regalo de alguna divinidad, como en tiempos de la Grecia más antigua.

Tampoco la Academia ha quedado al margen de esta transformación. El Derecho de la Infancia parece haberse despertado de un extenso letargo, intentando acompañar un proceso que requiere de conocimiento, de debate y por sobre todo de profunda reflexión y respeto.

4. Los reparos

La reforma legal impuso necesariamente replantear posiciones y responsabilidades. Pero en esta instancia, hay que meditar sobre los cambios propuestos y los resultados alcanzados. Esto supone confrontar la teoría y su práctica, la enunciación por ley de un derecho y su real ejercicio.

Mucho se ha avanzado en la provincia con la ley 13298 y la 13634 en la estructuración del sistema de promoción y protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como en el Judicial. Y existen indicadores ciertos relativos al acompañamiento legal que el Poder Legislativo, brindó para proveer a su profundización.

Esta labor iniciada entre los tres poderes del Estado es auspiciosa si se compara con la experiencia provincial que supuso la anterior ley N° 12.607, pero no por ello cabe adoptar una posición conformista.

El proceso de transformación legal y cultural en la provincia de Buenos Aires no debe detenerse. Si bien la justicia penal juvenil ha sido puesta en marcha -lo que supone un avance en el reconocimiento de las garantías individuales de los jóvenes en el proceso-, aún resta trabajar arduamente para que funcione a pleno. Igual ocurre con el nuevo Fuero de Familia, en donde se deberá articular más sutilmente su vinculación con los distintos servicios de promoción y protección de derechos.

(22) Para más información puede consultarse: JAUREGUIBERRY, I, J. TOMELO, y L. MALACALZA, “Nacidos en el encierro,” en Libro de Resúmenes de Pluralidades. 5° Jornadas Nacionales de investigación social de infancia y adolescencia. La Convención sobre los derechos del niño y las prácticas sociales, organizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, octubre de 2006:37.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian; “El acceso a la información como derecho”, En *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Siglo XXI – (Catálogos), Buenos Aires, 2000.

DOMENECH, Ernesto y GUIDO, Liliana; *El paradigma del patronato. De la salvación a la victimización del niño*. Edulp, La Plata, 2003.

DOMENECH, Ernesto; “Infancias y Buenos Aires”, en *La protección a la infancia como Derecho Público Provincial* (Coord. Mary Beloff), Ad Hoc. Buenos Aires, 2008.

DOMENECH, Ernesto; *Republicanos e inconstitucionalizados. Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la ley 22.278*. Conferencia presentada en las Jornadas de Protección y Garantías en el Régimen Penal Juvenil, organizada por la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Universidad Del Museo Social Argentino. Buenos Aires, 26 de abril 2008.

FERNANDEZ VALLE, Mariano; “Acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social”, En: *Acceso a la justicia como garantía de seguridad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Biblos, Buenos Aires, 2006.

FOLINO, Jorge; GUTIERREZ, María Alejandra; DOMENECH, Ernesto y LESCANO, María José “Delincuencia juvenil y el sistema judicial en la provincia de Buenos Aires, Argentina,” **En:** *Revista Vertex*, (Buenos Aires) 20(83):26-34.

JAUREGUIBERRY, Inés; TOMELO, Julia y MALACALZA, Laurana; “Nacidos en el encierro,” en *Libro de Resúmenes de Pluralidades*. 5º Jornadas Nacionales de Investigación Social de infancia y adolescencia. “La Convención sobre los derechos del niño y las Prácticas sociales”, organizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, 2006.

LESCANO, María José; “Justicia Penal Juvenil. Función del agente Fiscal ante los principios de legalidad y oportunidad,” **En:** *Libro de Resúmenes de Pluralidades*. 5º Jornadas Nacionales de investigación social de infancia y adolescencia. La Convención sobre los derechos del niño y las prácticas sociales, organizadas en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, octubre de 2006. ♦