

Capítulo V

Niños y adolescentes

1. Introducción*

La República Argentina fue el primer país de América Latina que aprobó una ley específica de protección para “menores” a principios de siglo, la llamada Ley de Patronato de Menores. Sin embargo, nuestro país se encuentra actualmente, en términos de reconocimiento concreto de derechos y garantías a niños y jóvenes, prácticamente en la misma situación que en 1919.

En efecto, la legislación vigente se basa en el modelo de la situación irregular¹. Sintéticamente, es posible afirmar que este modelo concibe a los niños y jóvenes –particularmente a un sector del universo infancia, los “menores”, aquellos que recorren el circuito aprehensión, judicialización, institucionalización– como objetos de protección a partir de una definición negativa. Es decir, que no son reconocidos como sujetos de derechos sino como personas incapaces que requieren un abordaje especial. Se les desconoce entonces, el goce y ejercicio de derechos y garantías fundamentales reconocidos por el Estado de derecho a todo individuo, sin distinción de ninguna naturaleza.

** El presente informe se basa en el artículo “Observaciones preliminares al proyecto de ley sobre Régimen Integral de Protección de los Derechos del Niño y Adolescente” –publicado en El Derecho, escrito por Mary Beloff–, y fue elaborado por Julieta Rossi, abogada, miembro del CELS.*

1. Ver al respecto, Derechos Humanos en la Argentina. Informe anual enero-diciembre 1998; CELS; Eudeba, Buenos Aires, 1999, Capítulo V, “La incorporación legislativa de los derechos de los niños en el ámbito interno”, pp. 231-257; basado en los artículos: “La aplicación directa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el ámbito interno”, publicado en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS, 1997; “Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la Argentina. Tendencias y Perspectivas”, en separata del Foro de los legisladores provinciales por los derechos del niño, Salta, 1998; y “Los recursos en la justicia de menores”, escritos por Mary Beloff, y preparados por Andrea Galindo Barragán.

Se utilizan también categorías vagas y ambiguas, como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” en el sistema de justicia especializada. En este contexto, la función jurisdiccional se desvirtúa ya que el juez de menores debe ocuparse no sólo de las cuestiones típicamente judiciales, sino que además se le atribuye la tarea, de imposible cumplimiento, de suplir las deficiencias estatales en la adopción de políticas sociales adecuadas. Se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño.

En este sistema, es el “menor” quien está en situación irregular y por ello es intervenido. Son sus condiciones personales, familiares y sociales, las que lo convierten en un “menor en situación irregular”; y en consecuencia tanto él como su familia son objeto de intervenciones estatales coactivas. Los niños y jóvenes en situaciones socio-económicas desfavorables son asimilados en el tratamiento legal que se les depara, a aquellos infractores de la ley penal, siendo la privación de libertad la medida por excelencia que adoptan los jueces de menores en ambos casos.

Desafortunadamente, la situación en el plano legal no ha variado sustancialmente respecto de la reseñada en el Informe Anual 1998.

Si bien es cierto que en la última década se han producido algunos cambios legales trascendentales, como la modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de aplicación directa de tratados internacionales de derechos humanos, la suscripción de tratados específicos de protección de derechos humanos como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño² y la reforma constitucional que incorporó estos tratados a la norma fundamental, tales cambios no han provocado ni en los tribunales ni en el poder legislativo decisiones de trascendencia dirigidas a dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el país.

2. La Convención fue aprobada por Ley del Congreso Nacional 23.849 y promulgada de hecho el 16 de octubre del mismo año. A partir del año 1994 fue incorporada al texto constitucional (artículo 75 inciso 22). Sobre los lineamientos del modelo de la protección integral en el que se basa la Convención, ver Derechos Humanos en la Argentina. Informe anual enero-diciembre 1998, CELS, Eudeba, Buenos Aires, 1999, Capítulo V, “La incorporación legislativa de los derechos de los niños en el ámbito interno”.

Las razones que explican la pasividad de los tribunales exceden largamente el objeto de este acápite. Una particular concepción de la democracia restringida al gobierno de la mayoría ha permitido justificar esta pasividad en lo que teóricamente se ha dado en llamar, en la tradición anglosajona, “autolimitación” judicial (*judicial restraint*). Tal concepción ha dejado a los jueces al margen de la función central que deben cumplir en una democracia moderna, esto es, garantizar los derechos de todos, aun en contra de las decisiones mayoritarias. Esta posición, conocida como “activismo judicial” (*judicial activism*), implicaría llevar adelante una intensa tarea de control de constitucionalidad que, de ocurrir en el plano de las leyes que regulan la situación de los niños y los jóvenes, provocaría transformaciones fundamentales. Por esta razón –entre muchas otras como perfil de los magistrados, modo de selección, formación de los abogados, etc.– los jueces no han declarado la inconstitucionalidad de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular que claramente contradicen el texto constitucional. Tampoco han aplicado directamente –salvo muy escasas pero por cierto valiosas excepciones–, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en los casos sometidos a su conocimiento.

La Convención Internacional tiene desde la reforma del año 1994 jerarquía constitucional por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución. Ello significa que comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico. Esto implica a su vez, que leyes, decretos, y reglamentos del Poder Ejecutivo, resoluciones administrativas, actos administrativos de alcance individual, y sentencias, deben aplicar la Convención en un doble sentido, no sólo no contradiciéndose con sus normas sino también, en sentido positivo, adecuándose a lo prescrito por el tratado de modo que éste se desarrolle a través de esos dispositivos³.

A continuación haremos una breve reseña de la aplicación de este instrumento a nivel nacional y provincial, para luego concentrarnos en el propósito fundamental del presente informe que es acercar ciertas observaciones

3. Cfr. Bidart Campos, Germán; “Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *El Derecho y los Chicos*, María del Carmen Bianchi (comp.), Buenos Aires, Espacio, 1995, p. 35.

críticas al único proyecto de ley que logró la sanción de la Cámara de Diputados de la Nación. La intención es advertir sobre los serios desaciertos que presenta y concientizar tanto a la sociedad civil como a las autoridades legislativas, judiciales y de todo otro orden, sobre la ineficacia de aprobar una ley de estas características si el propósito real es transformar –legal y legítimamente– la realidad cotidiana de miles de niños y adolescentes que se encuentran en una situación de absoluto desamparo.

2. La situación a nivel nacional

Desde el punto de vista legislativo, el impacto de la Convención debe analizarse de modo diferente si se trata del nivel nacional o del nivel provincial.

La República Argentina es un país federal. Por las características particulares del sistema federal argentino, los Estados provinciales no poseen la facultad de dictar para sí normas sustantivas o de fondo. Sí han conservado, en cambio, el derecho de dictar normas de procedimiento.

Las cuestiones referidas a la protección sin embargo, y como es de imaginar, no merecieron mayores disputas ni debates en los tiempos de la organización nacional. El tema de la protección a la infancia desvalida y pobre era, en ese momento, algo bastante alejado de la preocupación central de las políticas y de los equilibrios de fuerzas del futuro Estado argentino. Cuando el Congreso Nacional dictó la Ley de Patronato de Menores estableció el marco a partir del cual muchos Estados provinciales organizaron sus políticas de atención a la infancia pobre, sin apartarse un ápice del modelo de la situación irregular. Lo que no se advierte en las actuales discusiones sobre la reforma legal a partir del modelo de la protección integral de derechos, es que desde el momento en que la protección a la infancia dejó de ser una cuestión relacionada con el asistencialismo y la tutela para pasar a ser una cuestión de garantía de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, el tema de la protección de los derechos de los niños (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, etc.) debe ser considerado como una cuestión federal.

A nivel nacional, es posible afirmar que la ratificación y posterior aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño sólo

ha tenido un impacto retórico o político. Concretamente, desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ha existido una innumerable cantidad de proyectos de ley, originados tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados de la Nación, muchos inspirados en el modelo de la situación irregular, algunos en el modelo de la ambigüedad y muy pocos –defectuosos técnicamente– en el modelo de protección integral de derechos.

Uno de estos proyectos ha sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación en diciembre de 1998, aunque lamentablemente presenta serias e insalvables falencias y en modo alguno se adecua a las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Dicho proyecto, objeto de análisis en el presente informe, surgió a partir de una cantidad de iniciativas integrales o sobre régimen penal presentadas por diferentes legisladores⁴. Si se compara el proyecto en cuestión con aquellos que fueron consultados para su elaboración se advierte que no copia a ninguno de ellos en particular y que se han tomado artículos de los diferentes proyectos, aun de aquellos que claramente abordan la cuestión de manera diametralmente diferente.

3. La situación a nivel provincial

A nivel provincial la situación no ha variado con relación a lo reseñado en el informe del año pasado. En efecto, al día de hoy, Mendoza, Chubut y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han reformado sus leyes de protección a la infancia y la juventud con mayor o menor acercamiento a lo prescrito por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esto indica que en Argentina se ha producido una discusión y algunos avances concretos en los Estados provinciales sin un correlato similar a nivel nacional.

4. Así, se consideraron los proyectos de ley de los diputados Domínguez D. C. y Stubrin sobre Régimen Integral de Protección de los Derechos del Niño y del Adolescente. Modificaciones al Código Penal. Creación del Código del Menor, Menem (0145-D-97), Roy y Robles (1207-D-97), Sobrino (1454-D-97), Cafiero J. P. (1941-D-98), Robles y otros (2055-D-98), Martínez S. V. (5115-D-98), Banzas y otros (5422-D-98), Valdovinos (5663-D-98), y Puiggrós y otros (6222-D-98).

Ante las características del sistema federal argentino, ya descriptas, esta situación genera varios problemas. Las provincias están limitadas en muchos aspectos (por el Código Civil, Régimen Penal de la Minoridad, etc.) en relación a los avances que pueden incorporar en sus leyes en razón de estar intacto el “modelo de la situación irregular” en las leyes nacionales. Las provincias han resuelto estos temas de modos ingeniosos y respetuosos de las garantías a través de leyes y proyectos. No obstante el problema continúa sin resolverse.

Así, la ley de Mendoza⁵ fue la primera ley provincial a partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Si bien tiene algunos problemas técnicos considerables y, en muchos aspectos reproduce dispositivos del modelo de la situación irregular, representa el primer esfuerzo concreto por hacer efectiva la protección integral de derechos en el país. La implementación de esta ley se ha demorado considerablemente. A pesar de que no ha sido aplicada con el argumento de que necesitaba una reglamentación específica, ha generado paulatinamente, un cambio de mentalidad y actitud en algunos actores involucrados en las políticas dirigidas a la infancia y la juventud en la provincia y ha servido como ejemplo para otras provincias.

Por su parte la ley de Chubut resolvió los problemas de la ley mendocina. No aparecen dispositivos del modelo anterior, contiene normas procesales muy precisas y algunos mecanismos concretos para la exigibilidad de los derechos. La implementación, si bien se ha demorado un poco, ya está en curso.

Finalmente, la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶, aprobada hacia fines de 1998, se ha basado en las leyes de Mendoza y Chubut; pero presenta un problema: por el modo en el que se ha dado la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, las cuestiones referidas a la justicia no podrían ser reguladas por la legislatura porteña. Por tal motivo esta ley está, en cierto sentido, incompleta. Además, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos

5. Ley 6354 del 7 de diciembre de 1995, comentada por Irene Konterlnik y María Teresa Oldrá en García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), *Infancia, Ley y Democracia, Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989-1999)*, Temis/De Palma, Bogotá, 1ª versión, 1998.

6. Ley 114 de 1998.

Aires se da la curiosa situación de que existe una ley de protección a la infancia en general, conforme los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que tiene el mismo ámbito de aplicación que la Ley de Patronato de Menores. No obstante la ley de la Ciudad no es aplicada, no ha sido implementada y los jueces de menores continúan utilizando hasta hoy la Ley de Patronato de Menores.

4. Observaciones preliminares al proyecto de ley sobre Régimen Integral de Protección de los Derechos del Niño y Adolescente

Tal como se adelantara, este informe pretende fundamentalmente realizar un análisis crítico del proyecto de ley sobre Protección Integral del Niño y del Adolescente que, al día de hoy, cuenta con media sanción del Parlamento de la Nación, debido a la importancia de la reforma legal a nivel nacional para un efectivo cumplimiento de los tratados internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el país e incorporados a la Constitución Nacional.

Resulta de particular interés efectuar ciertas observaciones a este proyecto de Ley que intenta –vanamente– adecuar la legislación vigente a la normativa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, considerando que es el único proyecto que ha logrado media sanción de una de las Cámaras del Congreso Nacional desde la ratificación de la Convención.

Más allá de las buenas o malas intenciones de los legisladores, lo cierto es que el proyecto no reúne –ni mínimamente– las transformaciones estructurales de la relación niño/Estado que debieran visualizarse en tanto se pretenda una verdadera adecuación a los compromisos adoptados en sede internacional.

4.1 Observaciones generales

El proyecto, que cuenta con aprobación de la Cámara de Diputados de la Nación y está conformado por 54 artículos, surge de una cantidad de proyectos integrales o sobre régimen penal, presentados por diferentes legisladores, y pretende dar cumplimiento a la obligación contraída por el Estado al firmar la Convención Internacional.

En primer lugar, llama la atención que una ley que pretende crear los dispositivos necesarios para asegurar la plena vigencia de los derechos que prevé, tenga apenas 9 artículos más que el instrumento internacional.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, se advierten una serie de contradicciones: ausencia de un lenguaje común para tratar temas similares (niño y adolescente, persona menor de edad, menores), deficiente sistemática, lagunas y omisiones.

Desde el punto de vista del discurso que sustenta este proyecto, entendemos que se ha apelado a las ideas asistenciales o tutelares de la comunidad cubriéndolas con lenguaje de los derechos del niño (el título, por ejemplo). En otras palabras, se ha instalado la idea de que quien legisla sobre este tema es “bueno” porque se dedica a los niños, de que los políticos han superado sus diferencias partidarias mezquinas por una causa que vale la pena, la “causa de los niños”, de que se ha derogado la antigua y obsoleta Ley de Patronato de Menores, de que no se baja la edad de imputabilidad, etc. Lo que no se aclara es que lo que se propone para sustituir al viejo modelo tutelar es otro de las mismas características, aunque impregnado del discurso de la protección integral de derechos. Más de lo mismo, pero con otras palabras, y con la legitimidad de lo nuevo.

Finalmente, es importante mencionar que en los tres bloques políticos principales hubo desacuerdos fundamentales sobre este proyecto. Quizás éste debería ser un inicio para articular una estrategia que permita una discusión profunda en el seno de la Cámara de Senadores, sobre las serias deficiencias que presenta este proyecto, y la concreción de uno nuevo, en consonancia real con los compromisos asumidos por el Estado argentino.

En síntesis, las contradicciones del proyecto con el modelo de la protección integral de derechos son significativas y es de esperar que el Senado de la Nación las tenga en cuenta a la hora de analizarlo.

4.2 Comentarios específicos

En relación al título del proyecto de ley, “Régimen Integral de protección de los derechos del niño y del adolescente”, podría afirmarse que es lo más compatible con el sistema de la protección integral de derechos en toda la ley. Sin embargo, sólo hasta el título llegan las coincidencias. El proyecto

consta únicamente de dos títulos; el primero se subdivide en dos capítulos, titulados “Principios Generales” y “Protección Especial”, respectivamente.

El Título I, Capítulo I, se refiere a la protección de las personas menores de edad. No se habla más de los derechos de los niños y adolescentes, como en el título principal, pero tampoco se habla claramente de “menores”. Se hace referencia también a los derechos de los niños con relación a la familia, la sociedad y el Estado, cuando las nuevas leyes establecen contrariamente respecto de aquellos actores, deberes y obligaciones a fin de asegurar aquellos derechos.

En el mencionado capítulo subyace la idea de que la protección integral se “brinda”, no es un derecho. Por otro lado, no surge claro el ámbito de aplicación personal de la ley. En efecto, se establece que “la protección integral se brindará a todas las personas menores de edad que se encuentren en el territorio de la República Argentina, cualquiera sea su situación, en todo su proceso evolutivo hasta la mayoría de edad”. No se aclara cuál es la mayoría de edad, cuando en el país hay una situación legal caótica con relación a la mayoría de edad. Si se refiere al Código Civil, este sistema se extendería hasta los 21 años, ámbito de aplicación similar al de la Ley de Patronato de Menores.

Por otro lado, el artículo 3 es redundante al establecer la obligatoriedad de la aplicación de la Convención Internacional y a su vez al prever dicha obligatoriedad en “las condiciones de su vigencia”, salvo que por “condiciones de su vigencia” se quiera interpretar que la vigencia de la Convención no es plena, lo que iría en contra incluso de la propia doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, se introduce el concepto “interés superior del niño”, pero sin definirlo. Estimamos que estos términos deben ser definidos o cuando menos el legislador debe brindar pautas claras e inequívocas a fin de que su interpretación no quede librada al mero arbitrio del juez. Un concepto extremadamente vago como éste debe ser indudablemente precisado, tal como sucede en las legislaciones más modernas en la materia.

En el mismo capítulo se garantiza un sistema de justicia especializado y procedimientos especiales cuando los derechos del menor sean vulnerados o cuando se encuentren en conflicto con las leyes penales. Se enumeran una serie de garantías, pero a través de una formulación insólita. En lugar de

establecer claramente la garantía se la enuncia escuetamente y en muchos casos no se entiende bien a qué alude. Las garantías deben ser claras, precisas, no deben dejar lugar a dudas.

También allí se establece que “la mera falta de recursos materiales de los representantes legales o responsables de la persona menor de edad sea circunstancial, permanente o transitoria, no autoriza la intervención judicial, ni la separación de su familia”. A través de esta norma, se refleja que la intención es abandonar el modelo tradicional de criminalización de la pobreza, intención que puede considerarse apropiada pero que pierde sentido a la luz de las restantes disposiciones que analizaremos más adelante. Nótese que, a diferencia de otras leyes, no se prevé en este artículo el apoyo integral a la familia que se encuentra en esas circunstancias.

Con relación a la adopción de políticas sociales, cuestión central sobre la que debe descansar la nueva modalidad de relación Estado/niño, se establece que “deberán garantizar con absoluta prioridad la realización de los derechos de las personas menores de edad”. Esta norma si no es desarrollada queda como un artículo programático, al igual que el resto del proyecto, ya que no crea los mecanismos y dispositivos necesarios que garanticen la consigna de “prioridad absoluta”.

Por otro lado, las políticas públicas son pensadas como políticas del Estado. La sociedad civil no aparece al mismo nivel que el Estado en la formulación y ejecución de estas políticas. En general las leyes nuevas establecen que las políticas públicas son responsabilidad conjunta de la sociedad civil y del Estado y crean mecanismos para concretar tal responsabilidad.

Respecto del trabajo infantil, no se adopta una posición firme con relación al tema, como lo sería, por ejemplo, su prohibición lisa y llana. Es curioso que en este tema sí se alude a la comunidad y la familia.

Curiosamente, la mayoría de los derechos recogidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por la Convención en particular no aparecen desarrollados en el proyecto, ni los derechos y garantías individuales, ni los derechos económicos, sociales y culturales.

El Capítulo II del Título I se refiere a la protección especial a niños y adolescentes cuando sus derechos se encuentran amenazados o violados. El artículo 15 que establece los supuestos en los que el Estado “tiene el deber indelegable de proteger y asistir especialmente a la persona menor de edad” se

encuentra integrado por categorías que no son exclusivas y excluyentes. Así, los supuestos que se prevén son extremadamente vagos y por tanto abarcativos de las situaciones más dispares. Ello habilita, tal como sucede en el modelo tutelar, la discrecionalidad y muchas veces, la arbitrariedad judicial en la decisión de intervenir coactivamente en la vida de los niños.

En este sentido, el inciso f) establece el deber del Estado de asistir a la persona menor de edad cuando “por acciones u omisiones de organismos públicos o comunitarios sus derechos sean amenazados o violados”. Además, nuevamente se confunde la asistencia y protección a la persona, y no a sus derechos.

Se establece también que las medidas de protección serán dispuestas por orden escrita de juez competente, respetándose una serie de garantías. Si la adopción de medidas de protección por parte del órgano jurisdiccional fuera excepcional, esta norma tendría mayor sentido, sobre todo por las garantías que prevé.

El problema es que la adopción de medidas de protección por parte del órgano jurisdiccional en este proyecto es la regla y no la excepción. Eso no afecta el hecho de que es fundamental que se reconozcan las garantías. La falla no está en el artículo en sí, sino en el sistema previsto por la ley, que no regula procedimientos eficaces para garantizar los derechos conforme el artículo 19 de la Convención, y que sigue dejando intacta –aunque limitada por algunas garantías– la función de intervención del juez en asuntos relacionados con la protección y asistencia de “los menores”.

Si bien la intervención judicial pareciera estar limitada a los supuestos del artículo 15, el artículo 17 la extiende a todos, como analizaremos a continuación. En efecto, el artículo 17 hace extensiva la intervención judicial a todos los supuestos de “protección especial”, con independencia de que se dé intervención al organismo técnico descentralizado. Aparece asimismo la intervención necesaria del órgano judicial para asegurar los derechos acompañado del asesor de menores, típica figura de las leyes de la situación irregular.

En el artículo 18 aparece nuevamente la protección como misión exclusiva del Estado. A su vez, las medidas de protección son dispuestas por los organismos jurisdiccionales. En otras palabras, la protección es misión del Estado y, en particular, del poder judicial. Nada se prevé para la aplicación de estas medidas por parte de organismos descentralizados, comités, consejos o similares.

Con relación a aquellas medidas cuya aplicación es reservada al órgano judicial, es importante mencionar que específicamente respecto a la “ubicación e integración en hogares de guarda con modalidades y metodologías orientadas y supervisadas por el organismo técnico especializado”, no se establece que se trata de privación de libertad, en los términos de la norma 11 b) de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad⁷, con el consecuente peligro de que se excluya la aplicación de las garantías pertinentes.

De esta forma concluye la parte del proyecto referida a la protección general y especial. Se advierte que esta sección consta únicamente de 24 artículos. Como se ha señalado, no se crean órganos descentralizados, no se definen las características de las políticas, no se desarrollan los diferentes derechos, no se define el rol de la sociedad civil, ni se prevén mecanismos eficaces para la garantía de los derechos ni mecanismos para su exigibilidad, etc.

El Título II del proyecto en análisis se refiere al llamado “Sistema de responsabilidad penal juvenil”. Este título parece estar orientado hacia un modelo de protección integral de derechos. No obstante, no crea un sistema de responsabilidad penal juvenil, ya que mantiene la misma franja de edad que el Régimen Penal de la Minoridad⁸: 16-18 años. La diferencia radicaría en que, según la ley vigente, en esa franja los jóvenes serían susceptibles de ser sancionados con la pena de los adultos, lo que en la práctica casi nunca ocurre ya que la centralidad del procedimiento sigue siendo, aun para los llamados imputables relativos, el aspecto tutelar y no el de la responsabilidad penal. En el proyecto, los jóvenes entre 16 y 18 años serían sancionados a través del sistema especial aquí previsto, lo que significa un avance respecto del sistema vigente pero no logra, una vez más, crear un modelo que responda a la cuestión de las infracciones penales cometidas por adolescentes en general.

En este título se tratan nuevamente las garantías, ya previstas de modo confuso en el artículo 4, lo que demuestra el desorden y la deficiente técnica legislativa del proyecto. Pero no se entiende si se aplican a todas las personas

7. *Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 14 de diciembre de 1990.*

8. *Leyes 22.278/22.803.*

menores de edad, entendiéndose por menor de edad a los menores de 21, o sólo a los menores de 18 pero mayores de 16, o a todos los menores de 18. Parecería que se refiere a aquellos entre 16 y 18 años, por ende los que tienen menos de 16 no gozarían de las garantías, lo cual claramente contraviene la Convención.

Siguiendo el modelo de algunas leyes procesales vigentes, se limitan derechos facultando su ejercicio a través de los padres o responsables. Tampoco se prevé la garantía del recurso.

En relación con las sanciones a las que podría ser condenado un joven de entre 16 y 18 años, en general se siguen los criterios de las nuevas legislaciones latinoamericanas, con excepción de la libertad vigilada, que ha sido descartada por las modernas leyes. La determinación de las sanciones representa un serio problema, ya que se prevé que “serán fundadas en orden a la personalidad del menor de edad y sus condiciones familiares”. Esta prescripción aparece como abiertamente inconstitucional al establecer un sistema penal de autor, en el que las sanciones serán fundadas en orden a la personalidad del adolescente y a sus condiciones familiares. El reproche por el acto queda supeditado al reproche por las condiciones personales, invirtiendo la regla constitucional y perpetuando así los criterios ilegales de las leyes tutelares.

En cuanto a la duración de las sanciones, el artículo 32 se contradice con el artículo 27 que prevé la duración máxima de las sanciones en un año. En efecto, el artículo 32 establece como plazo máximo de la prestación de servicios a la comunidad 8 meses. Da la impresión de que toda esta parte fue tomada del proyecto del diputado Robles y posteriormente modificada.

En lo que respecta a la sanción que consiste en la libertad vigilada, es necesario señalar que las leyes modernas no prevén la libertad vigilada como tal debido a que se ha demostrado su ineficacia a los efectos de lograr la reintegración social del joven. En el proyecto que se comenta se confunde además, con la concesión de la libertad condicional y con la sanción de imposición de reglas de conducta, circunstancia que torna abstracto el principio de legalidad, ya que esta sanción se convierte en realidad en varias sanciones.

La sanción de la privación de la libertad para delitos graves (pena mínima de cinco años de prisión o reclusión) se encuentra prevista de manera excepcional. Sin embargo parecería establecer que si se trata de un delito grave necesariamente deberá aplicarse pena privativa de la libertad, ya que el

segundo párrafo del artículo 36 prevé como excepción, para el caso de que el adolescente fuese sancionado por primera vez, la posibilidad de aplicar las sanciones del artículo 27, que son amonestación, obligación de reparar el daño causado, imposición de reglas de conducta, obligación de prestar servicios a la comunidad, libertad asistida y libertad vigilada.

En relación con el segundo párrafo del artículo 36 consideramos auspicioso que se contemple la posibilidad de no aplicar la sanción privativa de la libertad cuando se trate de un infractor primario. Como segundo supuesto se establece el hecho de que el juez considere que la privación de libertad cause un grave perjuicio, supuesto absurdo teniendo en cuenta que el cumplimiento de la privación de la libertad siempre causa grave perjuicio. Además, se reiteran los criterios de derecho penal de autor al establecerse que la sanción deberá fundarse en la personalidad del menor de edad.

Por otra parte, en este título se encuentra prevista incorrectamente una norma procesal relativa a la detención provisional del niño o adolescente infractor, que debería ser regulada por las jurisdicciones locales. Además, es importante señalar que este artículo no sólo se contradice con el artículo 36, ya que admite medida cautelar de privación de libertad para delitos que no admitirían este tipo de sanciones, sino que además invierte la regla de excepcionalidad de la privación de la libertad. La mayoría de los delitos cometidos por adolescentes superan en su máximo los tres años de pena conminada, por lo que, de seguirse esta regla, la mayoría de los adolescentes imputados de delito serían privados de libertad durante el trámite del proceso. Evidentemente esta norma también viola la garantía del estado jurídico de inocencia. Para que esta garantía sea respetada, el dictado de una medida cautelar debe ser excepcional y para asegurar el proceso, esto es, probado que haya sido por el Ministerio Público que existe peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Nada de esto está considerado en la norma que se comenta. Por lo demás, y reiterando que se trata de una disposición de carácter procesal, tampoco se prevén medidas cautelares no privativas de libertad.

Por último, es necesario mencionar que la pena privativa de libertad se prevé por un lapso mínimo de seis meses y por uno máximo de diez años. Esta norma viola el principio de brevedad de esta pena, determinado expresamente por todos los instrumentos internacionales que configuran el modelo de protección integral de derechos del niño. No se hace referencia a

la aplicación de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad⁹.

5. Conclusiones

Para concluir, nos remitiremos al título del presente artículo. Efectivamente, es posible afirmar que la reforma de la justicia de menores constituye, a principios del nuevo milenio, una asignatura pendiente en la República Argentina. Asignatura que compete no solamente a las autoridades gubernamentales de los distintos poderes del Estado, sino también a la sociedad civil en su conjunto y en especial a las organizaciones no gubernamentales comprometidas en la defensa de los derechos de los niños.

Lamentablemente, el Proyecto de ley que hemos comentado –único proyecto que logró el consenso necesario entre las fuerzas políticas para obtener su aprobación por la Cámara de Diputados y que intenta reemplazar el vetusto e inconstitucional sistema de justicia de “menores” vigente– no reúne las exigencias mínimas necesarias para materializar los compromisos que en sede internacional ha adoptado la República Argentina a través de la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Este informe pretendió, de modo sintético, dar cuenta de ello.

Diversos factores tornan inaceptable e inexcusable la persistente pasividad del Estado argentino en instrumentar las reformas legales e institucionales necesarias a fin de hacer efectiva la real vigencia de los derechos de los niños, tan largamente relegados. El panorama se ha modificado considerablemente desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, a fines de los años '80. Hoy se cuenta –a diferencia de lo que ocurriría diez años atrás– con la enorme experiencia acumulada en los procesos de reforma legal e institucional en materia de niños y adolescentes en América Latina¹⁰. Es esta

9. *Cit.*, nota 7.

10. *Sobre el proceso de reforma legal ocurrida en América Latina, ver García Méndez, Emilio, Beloff, Mary (comps.), Infancia, Ley y Democracia, Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989-1999), op. cit.*

experiencia, acumulada a partir de la adopción de la Convención y la cantidad y calidad de elementos técnicos y recursos humanos existentes, lo que torna aún más inexcusable la pasividad, la demora y la persistente confusión revelada en el proyecto analizado en este informe.

La reforma legal es condición necesaria pero no suficiente para la plena realización de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales a los niños. Asimismo, es necesario un nuevo diseño institucional que brinde los dispositivos indispensables que tornen operativa la reforma legal. En síntesis, todos los actores involucrados en el proceso de reforma conocen la fórmula que debe adoptarse a fin de efectivizar los derechos de los niños y jóvenes, únicamente falta la voluntad política de todos –Estado y sociedad civil– para concretarla.