

ILEGALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA*

*ILLEGALITY OF THE DEPRIVATION OF LIBERTY OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA*

*Alejandro Berrotarán** Juan Bautista López****

Resumen: En este trabajo abordaremos la situación legal de las niñas, niños y adolescentes (NNA) menores de 16 años que se encuentran privados de su libertad en la provincia de Córdoba en virtud de la aplicación de la ley 9944. Para empezar, aportaremos información basada en informes oficiales que evidencia que existen niños y adolescentes de dicha franja etaria, privados de su libertad en la provincia de Córdoba. Posteriormente, mostraremos que la medida legalmente establecida, que impide la externación por la sola voluntad de NNA, implica una privación de la libertad. Luego se hará un abordaje específico del artículo 87 inciso f) y se argumentará por qué el supuesto allí previsto no puede considerarse una medida punitiva ni una cautelar y por qué una medida protectora dispuesta en favor de los NNA, con las características fijadas en la ley, deviene en ilegítima. Por último, se harán consideraciones finales sobre el tema abordado.

Palabras-clave: Privación de la libertad - Interés superior del niño - Procedimiento Penal juvenil - Medidas protectorias - Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

* Trabajo recibido el 28 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 28 de agosto del mismo año.

** Alejandro Berrotarán. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Becario Doctoral de CONICET (CIJS). Maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) (contacto: alejandroberrotaran@derecho.unc.edu.ar).

*** Juan Bautista López. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Profesor auxiliar de Derecho de los Recursos Naturales (Derecho - UNC). Maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) (contacto: uan.bautista.lopez@unc.edu.ar).

Abstract: In this work we will address the legal situation of children and adolescents under 16 years old who are deprived of their liberty in the province of Córdoba by virtue of the application of the Law 9944. To begin with this approach, we will provide information based on official reports that show that there are children and adolescents of this age group deprived of their liberty in the province of Córdoba. Subsequently, we will show that the legally established measure that prevents removal by the sole will of the child implies a deprivation of their liberty. Next, a specific approach will be made of the article 87 (f) and it will be argued why it cannot be considered a punitive or a precautionary measure and why a protective measure in favor of children, with the characteristics set out in the law, becomes illegitimate. Lastly, final considerations will be made on the topic addressed.

Keywords: Deprivation of liberty - Best interests of the child - Juvenile criminal procedure - Protective measures - Rights of children and adolescents.

Sumario: I. Introducción. II. Situación fáctica de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en Córdoba. III. Análisis del artículo 87 inciso f) de la ley 9944.

I. Introducción

Recientemente a través de la modificación de la ley provincial 9944 se introdujeron importantes avances en materia de promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) de la Provincia de Córdoba. La reforma introducida por la ley 10637 incorporó, entre otras modificaciones, límites a la cantidad de tiempo que un NNA puede estar privado de su libertad en virtud de una medida de provisoria de coerción o de resguardo y la incorporación de la figura del Abogado del niño. Si bien estos cambios significan un avance en cuanto a la protección y promoción de los derechos de este colectivo, por las razones que se presentarán en este trabajo, la privación de la libertad a NNA menores de 16 que todavía posibilita el artículo 87 inciso f) resulta contraria al sistema jurídico de protección integral de NNA de fuente nacional e internacional.

En este sentido, en este trabajo se abordará la situación fáctica en la que se hallan los NNA internados en virtud de la ley 9944 y la legalidad de su privación de la libertad a partir de los compromisos institucionales asumidos por el Estado provincial y nacional en diferentes normas nacionales y tratados internacionales¹.

(1) Agradecemos al Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba por las sugerencias y correcciones al presente trabajo.

II. Situación fáctica de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad en Córdoba

En la actualidad en la provincia de Córdoba existen NNA no punibles en razón de su edad (menores de 16 años) privados de su libertad en virtud del artículo 87 inciso f)² de la ley 9944 (ex inciso e)), aplicable a estos casos por la remisión efectuada por el artículo 94 de la misma normativa. Cabe recordar que estos menores no son punibles, por lo que, ante la comisión de un ilícito, no son sometidos a un proceso penal *stricto sensu*, sino que se inicia el procedimiento especial previsto en el capítulo II, del título VII de la ley mencionada (arts. 92 y ss.).

Es el mismo Poder Judicial de Córdoba, quien, de forma clarificadora, mediante un informe del año 2016 titulado “Adolescentes Privados de la Libertad conforme al Procedimiento Penal Juvenil por presunta infracción a la Ley Penal en Córdoba Capital”³ nos acerca una perspectiva sobre la magnitud del número de NNA menores de 16 años privados de su libertad. En este sentido, el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales del Tribunal Superior de Justicia hace explícitamente referencia a que los adolescentes se encuentran “privados de su libertad”. Entre las estadísticas arrojadas por el estudio se extrae que entre enero y diciembre de 2016, en Córdoba Capital fueron privados de su libertad 1.132 NNA, de los cuales, el 0.1% tenía 10 años; el 0.2%, 12 años; el 2%, 13 años; el 8%, 14 años y el 19%, 15 años. Es decir que un 29.3% de los NNA privados de su libertad en 2016 en Córdoba capital fueron menores de 16 años. De esta manera, en el año 2016, más de 300 NNA menores de 16 años fueron privados de su libertad.

La jurisprudencia local da cuentas de la situación de privación de la libertad en la que se encuentra el mencionado colectivo. Así, en el fallo de los autos caratulados “Hábeas Corpus Correctivo presentado por Legisladores Provinciales en favor de jóvenes internados en el Complejo Esperanza” (Expte. 3496654), el Juez Penal Juvenil de 4ta. Nominación, González de Solar, establece que en el Complejo Esperanza los NNA allí ubicadas están privadas de su libertad. Así, si bien el mencionado magistrado negó la existencia de ilegítimo agravamiento en las condiciones en que se cumple la privación de la libertad de los niños y adolescentes de este complejo, acepta en la sentencia que estos, sin realizar distinciones entre mayores y menores de 16 años, se encuentran efectivamente privados de su libertad.

(2) Artículo 87.- Medidas provisionarias. El Juez puede disponer: (...) f) Su atención integral y excepcional en un establecimiento cuyo régimen incluya medidas que impidan la externación por su sola voluntad una vez evaluada fehacientemente la ineficacia de las alternativas previstas precedentemente. En este supuesto la niña, niño o adolescente debe permanecer bajo este régimen el menor tiempo posible, el que no puede exceder los seis (6) meses, salvo que el Juez requiera autorización en forma fundada, remita todos los antecedentes que obraren en la causa a la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar y ésta otorgue la correspondiente prórroga cuando -evaluados todos los antecedentes- la estime imprescindible para el cumplimiento de la finalidad tuitiva.

(3) Informe Disponible en: www.justiciacordoba.gob.ar/cepj/Estudios/FileArchivo.aspx?id=129 Fecha de última consulta: 25 de junio de 2020.

Además de estas fuentes, las condiciones materiales y las rutinas a las que se hayan sometidos los NNA en el Complejo Esperanza dan cuentas de la situación de privación de la libertad en la que este grupo se encuentra. Así, los NNA no punibles se encuentran confinados en habitaciones con horarios de ingreso y salida. Estas habitaciones se encuentran en un pabellón que cuenta con un salón de usos múltiples con enlaces (rejas) que se cierran y se abren en determinados horarios. Estos NNA tienen además una rutina normada en la que se establece un horario para despertarse, desayunar, almorzar, cenar y para hacer las diversas actividades que se realizan en el Complejo, no gozando de una libertad de circulación en él. A la presencia de “enlaces”, que separan el exterior del complejo del interior del módulo IV (ex instituto San Jorge), se le suma la presencia, en el espacio entre el enlace y el exterior, de un habitáculo en donde un guardia del establecimiento, a través de una ventana, observa y controla lo que sucede adentro. De esta manera, se puede observar que los NNA no punibles ubicados en el módulo IV, se encuentran en condiciones de encierro con semejantes rigurosidades y restricciones a las de los módulos donde se encuentran jóvenes punibles (ubicados en el módulo I, ex Instituto Nuevo Sol, y módulo II, ex instituto Horizontes) y a las de aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos.

Por lo expuesto, se puede afirmar que en la Provincia de Córdoba existen NNA menores de 16 años encerrados en estos establecimientos, por aplicación de la medida dispuesta en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944, configurando dicho encierro una ilegítima privación de la libertad conforme a lo que seguidamente se expondrá.

III. Análisis del artículo 87 inciso f) de la ley 9944

La posibilidad del juez penal juvenil de imponer la privación de la libertad ambulatoria a aquellos menores de 16 años se encuentra jurídicamente justificada en la norma prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 de esta provincia de Córdoba por remisión expresa del artículo 94 del mismo cuerpo normativo.

A. Internación como privación de la libertad

Es preciso ahora analizar si la medida legalmente establecida en el artículo 87 inciso f), que impide la externación por la sola voluntad del NNA, constituye una medida que implica una privación de la libertad. En efecto, se intentará mostrar que el artículo de la ley en cuestión, justifica la privación de la libertad descrita en el apartado anterior. Para evaluar esto es necesario analizar qué entiende nuestro ordenamiento normativo por privación de la libertad de un NNA.

La ley 26061 en su artículo 19 precisa que será considerada privación de la libertad toda ubicación del NNA en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad. Este mismo criterio es adoptado por el Sistema Internacional de las Naciones Unidas y por nuestro derecho interno, estableciéndose que no solamente

debe considerarse privación de libertad a la denominada pena privativa de libertad, sino también a toda aquella modalidad de prisión, detención, encarcelamiento o internación en establecimientos de los que no se permita la externación a los NNA por su propia voluntad. Al respecto, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, particularmente su Regla N° 11.b) define: *“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad...”*. Por su parte, la CIDH en su documento *“Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”* establece que por privación de libertad se entiende *“... cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”*. En esta misma línea, la CSJN sostuvo: *“Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son ‘dispuestos’. ‘internados’ o ‘reeducado’ o ‘sujetos de medidas tutelares’. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la ‘libertad ambulatoria’, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias”* (Cons. 26, M., D.E. y otro s/robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado. CSJN, 7/12/2005).

De esta forma, y conforme las definiciones mencionadas, el supuesto contemplado en el artículo 87 inciso f) que establece la imposibilidad de externación del NNA por su sola voluntad, constituye una privación de la libertad de la persona.

B. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la medida prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la medida prevista en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944, es una medida que implica la privación de la libertad del NNA. Esta privación podría ser considerada desde una naturaleza teleológica como

una medida de tipo punitiva, cautelar o protectora (en resguardo del menor). A continuación, se argumentará por qué no puede considerarse una medida de naturaleza punitiva ni de tipo cautelar y por qué una medida de naturaleza protectora o de resguardo dispuesta en favor de los NNA, con las características fijadas en la ley, deviene en ilegítima.

Medida como sanción penal

El Derecho Penal, y su especialidad, el Derecho Penal Juvenil, importan desde una perspectiva subjetiva, el derecho del Estado a establecer, imponer y ejecutar penas. Esta facultad sancionadora se desarrolla a través del proceso penal, único instrumento habilitado para ello, por lo que resulta imprescindible la existencia de un proceso previo, valga la redundancia, para que pueda imponerse la pena a un sujeto por la comisión de un hecho tipificado como delito.

A fin de establecer un límite al *ius puniendi* del Estado, las normas internacionales de derechos humanos exigen la fijación de una edad mínima a partir de la cual sea posible atribuir responsabilidad y aplicar sanciones penales. En ese sentido la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) dispone que es un deber de los Estados Partes “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales” (CDN artículo 40.3.a)).

Esta obligación fue cumplimentada por nuestro país a través del decreto-ley 22278 que establece el Régimen Penal de la Minoridad y en su artículo 1º expresa que no es punible el menor de 16 años por hechos cometidos antes de cumplir esa edad.

La renuncia a la persecución penal de menores de 16 años por parte del Estado responde, según la Doctrina de Protección Integral de Derechos que inspira la CDN, a criterios de política criminal del Estado y no a la falta de capacidad o discernimiento del niño, niña o adolescente, pues éstos mantienen su capacidad plena para comprender y guiar sus actos, como así también para responsabilizarse por ellos.

Su exclusión del proceso penal solamente implica una renuncia del Estado al ejercicio de la coacción estatal pero nunca podrá importar una expulsión de los menores de 16 años del sistema de garantías previsto por el ordenamiento jurídico. Los niños, aun los no punibles, son titulares de los derechos y garantías de todo ser humano frente a la persecución penal del Estado y por ello deben garantizarse respecto al menor no punible los principios establecidos por los artículos 18, 19, 75 inciso 22 CN; 3º, 4º, 37.b), 40 -CIDN; 7º CADH; art. 19 ley 26061; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas 1, 2, 11.b) y concordantes) y las Reglas de Beijing (Regla 19).

De lo antedicho, surge que la medida de privación de la libertad del NNA adoptada conforme al artículo 87, inciso f), de la ley 9944 de la Provincia de Córdoba, no puede justificarse como pena pues el Estado ha renunciado a cualquier tipo de intervención punitiva respecto de los menores de 16 años.

Medida de tipo cautelar

El artículo 100 de la ley 9944 establece medidas cautelares para resguardar el proceso, sólo contra menores sometidos efectivamente a un proceso penal (mayores de 16 años), expresando que: *“La privación cautelar de libertad de una niña, niño o adolescente sometido a proceso penal sólo puede disponerse excepcionalmente como último recurso y por resolución debidamente fundada cuando no hubiere otros medios eficaces para asegurar el proceso, en los términos y formas que establecen los artículos 281, 281 bis, 281 ter y 336 de la ley N° 8123-Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba- (...)”*. Esta última remisión es efectuada a los artículos de la ley adjetiva que regulan específicamente el instituto de la prisión preventiva como medida cautelar para asegurar los fines del proceso penal al cual se someten las personas mayores de edad. Sin embargo, los NNA menores de 16 años no pueden estar sometidos a un proceso de tipo penal, debido a que el Estado argentino renunció a su punibilidad, por lo que no es posible establecer contra estos una medida de tipo cautelar tal y como se encuentra definida por la ley 9944. De esta forma, la privación de la libertad dispuesta en el artículo 87 inciso f) no puede ser de tipo cautelar.

Medida de protección en favor de los NNA (de resguardo)

Descartadas las alternativas anteriores, cabe evaluar si la privación de la libertad establecida en la medida bajo análisis es de tipo protectora o de resguardo en favor de las NNA. La anterior redacción del artículo 82 de la ley 9944 determinaba que el objeto primordial del proceso penal juvenil (en el cual se enmarca el artículo 87 inciso f) era *“la protección y asistencia integral de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal”*. Asimismo, el primer párrafo del artículo 87 aclaraba que el juez podía disponer provisoriamente *“en interés del NNA”*, las medidas contenidas en dicho artículo. Bajo tales enunciados, es que, el antiguo texto explícitamente reconocía la naturaleza protectora de las medidas contenidas en el artículo 87.

A partir de la modificación operada mediante la ley 10637, los enunciados referidos sufrieron cambios. Así, en el artículo 82 se modificaron los fines que orientan al proceso penal juvenil y en el 87 se eliminó el interés del NNA como fundamento de las medidas que luego se enuncian. De tal modo, en el texto actual, el fin protectorio en favor de los NNA que orienta la imposición de las medidas del artículo 87, no se enuncia de manera explícita como se lo hacía antes de esta reforma.

Sin embargo, es posible sostener que dicho fin continúa implícitamente presente por las siguientes razones. En primer lugar, si bien se efectuó la modificación del artículo 87 en los términos señalados, las medidas, y en particular la ahora establecida en el inciso f), continúan formuladas en idénticos términos que antes de su modificación. Con lo cual, si las medidas siguen siendo las mismas, y antes tenían el fin de resguardar y proteger al menor, nada permite suponer que ahora, aunque se haya suprimido tal alusión explícita, su finalidad haya variado. En segundo lugar, el capítulo en el cual se encuentra contenido el reformado artículo

87, se titula “Cautelares de *resguardo*”, dando cuenta explícita del fin de resguardo o protección del NNA que orienta estas medidas. En tercer lugar, expresamente se menciona en el inciso f) la “finalidad tuitiva” que cumple tal medida. Por último, la lectura integral de cada una de las medidas contenidas en el artículo 87, da cuenta de que el derecho a resguardar mediante estas cautelares no es otro que el propio derecho del NNA. De esta manera, solo resta concluir que la medida prevista en el artículo 87 inciso f), tiene como fin la protección y el resguardo del NNA.

C. *Aplicación de la ley 26061*

Es preciso destacar que en materia de protección de derechos de NNA en nuestro país rige la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley en su artículo 1 establece que su objeto consistirá en “*la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte*”, y a su vez destaca que “*la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces*”. Al respecto esta ley establece la obligatoriedad de su aplicación al disponer en su artículo 2: “*Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles*”. En este mismo sentido, la ley provincial 9944 destaca que “*los derechos y garantías que se enumeran en la presente norma deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico provincial, nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte*” (artículo 1) y a su vez de manera clara destaca que la ley nacional 26061 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 comprendidas en la presente norma*” (artículo 4).

De acuerdo a lo mencionado, el seguimiento y respeto por las disposiciones surgidas de la normativa nacional son un imperativo para los gobiernos provinciales y las normas provinciales, incluso procedimentales, que sobre la materia se dicten no pueden vulnerar los derechos reconocidos en aquella. Los límites establecidos por el Congreso Nacional cobran especial relevancia “*en los casos en que las normas de forma involucran cuestiones relacionadas con la protección especial de los derechos fundamentales de niños y niñas, configuradas como un piso mínimo e indisponible para las provincias en el marco de sus ordenamientos locales*”⁴ ya que “*los principios contenidos en las normas de derechos humanos deben ser respetados por todas las regulaciones, tanto nacionales como*

(4) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa. *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, comentada, anotada, concordada*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 45.

*locales*⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos (“Correa, Bernabé c. Barros, Mario B” 22/6/1923; Netto, Ambrosio v. Empresa de Ferrocarriles de Entre Ríos, 03/9/1924; “Spinetto, Luis Alberto c. Vincent, Miguel” 11/6/1968; entre otros) donde ha establecido, por vía pretoriana, que las normas procesales que resultan imprescindibles para el goce de los derechos son constitucionales, entran en la competencia del Congreso de la Nación y deben ser respetadas por las provincias.

De esta manera, cualquier normativa provincial que implique vulneración de los derechos o garantías previstas en la normativa nacional aplicable resulta inconstitucional, de acuerdo al principio de jerarquía constitucional del artículo 31 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Prohibición de medidas protectorias que impliquen la privación de la libertad

Prohibición establecida por el artículo 41 de la ley 26061

La argumentación que a continuación se desarrollará establecerá que la posibilidad otorgada por la ley 9944 de establecer la privación de la libertad del NNA para su protección resulta contraria a la normativa nacional aplicable y deviene, por ello, en inconstitucional.

Primero es preciso resaltar que la medida establecida en el artículo 87 inciso f) de la normativa provincial encuadra en el supuesto fáctico de las medidas excepcionales de protección del NNA establecidas en la ley 26061. Al respecto, esta última normativa establece -en el artículo 39- que se podrán aplicar medidas excepcionales en protección a los NNA cuando éstos “*estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio*”. En el mismo sentido, la medida establecida en el artículo 87 inciso f) establece que ésta sólo se podrá aplicar cuando una evaluación determine que las demás alternativas establecidas en los incisos anteriores resulten ineficaces, fijando un orden creciente y progresivo de intervención estatal⁶. Las demás alternativas son:

- “a) La guarda a cargo de integrantes de su familia o de terceros, sujeta a condiciones que preserven o restauren derechos que estarían amenazados o vulnerados;

(5) LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, pp. 68-69.

(6) PAPA, Hernán Franco - RUSTÁN, María Victoria (2018). “¿Cárcel o calle? Una mirada desde el punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la Provincia de Córdoba”, *Revista Argumentos*, Núm. 6 julio-agosto 2018, pp. 53-65.

- b) La aplicación de los institutos previstos en el Capítulo I cuáter del Título VII de la presente Ley;
- c) Su atención integral a través de programas, proyectos o centros de protección integral cuando la niña, niño o adolescente careciere de familia o de terceros en condiciones de cumplir eficientemente la guarda y apoyar la medida no privativa de libertad;
- d) La atención de la especial problemática de salud o de adicciones que pudiere presentar;
- e) La permanencia en el domicilio bajo la supervisión de la Autoridad de Aplicación”.

Es decir que, según se infiere de la norma, la posibilidad de internación prevista en el inciso f) tendrá lugar cuando el NNA esté previamente privado de un medio familiar o que el respeto a su interés superior exija el apartamiento de este medio familiar. Conforme puede observarse, es el mismo supuesto fáctico que permite la aplicación de las medidas excepcionales dispuestas en la norma nacional 26061.

La ley 26061 establece un límite claro para el establecimiento de las medidas protectoras del artículo 39, es decir, ante casos en donde el NNA esté privado de medio familiar o su interés superior implique el apartamiento de este medio. Así, el artículo 41 de esta norma establece que “e) *En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad*”.

Teniendo en cuenta que la medida estipulada en el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 encuadra en el supuesto de hecho contemplado para la disposición de las medidas excepcionales dispuestas en el artículo 39 de la ley 26061, es razonable concluir que las limitaciones previstas para estas últimas medidas, restringen también a la medida del artículo 87 inciso f). De esta manera, al permitir el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 la privación de la libertad del NNA, este artículo resulta contrario a la normativa nacional aplicable.

Interés superior del niño

Aun cuando no existiese la disposición legal referida (artículo 41 de la ley 26061), la adopción de la medida prevista por el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 (léase privación de la libertad), tomada en favor de la niña, niño o adolescente, contraría el interés superior del niño como principio rector del sistema argentino de protección integral de NNA reconocido en nuestra Constitución Nacional. En este sentido, la norma legal que autoriza esta medida es contraria al derecho convencional incorporado al bloque de constitucionalidad (en particular, vulnera el compromiso asumido internacionalmente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño)

por lo que el acto que la dispone resulta ilegítimo y la ley en cuestión deviene en inconvencional e inconstitucional.

En efecto, la aludida medida resulta un resabio del otrora vigente régimen legal basado en el “paradigma de la situación irregular”, derogado a partir de la puesta en vigencia de la ley 26061⁷. Así, con la sanción de esta última ley, el ordenamiento jurídico argentino, recepitó el paradigma de la Protección Integral de los Derechos del Niño y Adolescente. La diferencia entre ambas concepciones es sustancial: de un objeto de intervención tutelar, sin discernimiento y con un Estado encargado de esta tutela, se evolucionó para considerarlos como sujetos de derechos, con capacidad, y con el Estado como garante de tales derechos. A esta circunstancia se le agrega el compromiso asumido internacionalmente de adoptar medidas eficaces para el goce de estos derechos. El estatus de la niña, niño o adolescente transita así desde un lugar pasivo, sujeto al paternalismo estatal, a un sujeto que cuyos derechos en tanto seres humanos deben ser atendidos desde un enfoque que contemple su situación de desarrollo y vulnerabilidad, replicando en deberes estatales reforzados. Esto implica la supresión de toda potestad de los jueces de disponer de los NNA por motivos tutelares. La intervención estaba antes dirigida a las niñas, niños y adolescentes vagabundos o en condiciones de mendacidad, considerados abandonados moral y materialmente, lo que decía generar una situación antisocial y peligrosa, pues se consideraba que serían quienes con posterioridad iban a cometer delitos contra la sociedad si no se les prestaba atención a tiempo. La solución implementada era aislarlos para que cambien su conducta, siendo la privación de libertad mediante el uso de institutos de rehabilitación, la medida por excelencia.

El respeto al interés superior del niño como rasgo central del sistema integral de protección de NNA, a la luz del nuevo paradigma, colisiona con una medida de resguardo como lo es la prevista en el artículo 87, inciso f) de la ley 9944. Aun cuando ésta se fundamente en la supuesta protección del NNA, la utilización de este tipo de institutos para su rehabilitación social acarrea un grave perjuicio en su persona. Así la sala tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos caratulados “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ recurso de casación”, sostuvo: *“Hoy en día admitimos que todo lugar del que no se pueda salir por propia voluntad es privativo de libertad, y que toda privación de la libertad produce una paulatina aniquilación subjetiva. En estas condiciones ya no podemos hablar de “intervenciones que protejan”*.

A todas luces, el artículo 87 inciso f) prevé una medida de tipo protectorio o de resguardo que implica la privación de la libertad, con los consecuentes efectos nocivos que ello trae aparejado en los NNA. Esto resulta palmariamente contrario

(7) En el mismo sentido PAPA, Hernán Franco - RUSTÁN, María Victoria (2018) señalan que el anterior artículo 87 inciso E.) “lleva al Poder judicial nuevamente a enrolarse, aunque por momentos, en el paradigma anterior de la situación irregular que por dicha ley 9944 se pretende superar”, en “¿Cárcel o calle? una mirada desde el punitivismo al Derecho Penal Juvenil de la Provincia de Córdoba”, ob. cit., p. 60.

al sistema vigente de protección integral de los NNA y las normas convencionales y constitucionales, cuyo fin se plasma en el principio del interés superior del niño. Este principio se encuentra expresamente receptado en los arts. 5 inciso b) y 16, párrafo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y artículo 3, párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, ambos de jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional. En tal sentido, el mencionado principio exige, en armonía con la normativa convencional citada y la ley nacional 26061 y provincial 9944, el respeto del pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y el respeto de su centro de vida entendido este como la “residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (artículo 3, incisos c) y f) de la ley provincial 9944 y artículo 3 incisos c) y f) de la ley nacional 26061).

En conclusión, aun en el caso de considerar que la medida del artículo 87 inciso f) de la ley 9944 es dispuesta en favor de los NNA para su protección, esta medida es de carácter ilegítima no sólo conforme a lo previsto en la ley nacional 26061 puesto que ésta implica una privación de la libertad de los NNA prohibida expresamente como medida de protección por dicha norma, sino también por ser opuesta al interés superior del niño como principio rector del sistema legal argentino de protección integral de NNA reconocido en los instrumentos convencionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad.

IV. Conclusión

En la Provincia de Córdoba hay niñas, niños y adolescentes menores de 16 años privados de su libertad en virtud de la aplicación del artículo 87 inciso f) de la ley 9944. Tal y como se argumentó, dicha privación de la libertad no puede estar fundamentada como una medida punitiva ni como una medida cautelar tendente a garantizar los fines del proceso en virtud de que el colectivo mencionado no puede estar sujeto a un procedimiento penal. A su vez, se presentaron razones por las cuales la privación de libertad de los NNA es opuesta a lo establecido por la ley nacional 26061 y contradice el principio constitucional del interés superior del niño. En este sentido, se ha mostrado que el artículo 87 inciso f) de la ley 9944 es contrario a los compromisos legales asumidos por el Estado provincial y el Estado nacional.

La reciente sanción de la ley 10637 implicó algunos avances loables para los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que no solo se dejó pasar una oportunidad importante para modificar la facultad otorgada por esta ley para privar de la libertad a NNA menores de 16 años, sino que además implicó la supresión de fines expresamente enunciados por la normativa que orientaban el proceso penal juvenil desde una directriz protectoria.

La situación social abordada, es decir la situación de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, requiere respuestas que trascienden el objetivo

del presente trabajo. Necesariamente es preciso un abordaje multidisciplinario para dar solución a la grave situación de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. Nuestra contribución en este sentido es dejar en claro que la privación de la libertad de los NNA no punibles en razón de su edad no es una solución legalmente permisible a este problema. Cualquier solución que ideemos debe ser compatible con los principios de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con los que como sociedad estamos comprometidos.