

**REGISTRO Nro.:1749/07**

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de diciembre del año dos mil siete, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Eduardo Rafael Riggi, Ángela Ester Ledesma y Guillermo José Tragant, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 7537 caratulada “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación”, con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, Dr. Raúl O. Plée y del Dr. Emilio García Méndez, Presidente, con el patrocinio letrado de la Dra. Laura Rodríguez-

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el orden siguiente: Ledesma, Tragant, Riggi,-

**Y VISTOS Y CONSIDERANDO:**

El señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

**PRIMERO:**

Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala en virtud de los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos a fs. 101/114 por los Dres. Emilio García Méndez y Laura C. Musa, en su carácter de Presidente y Vicepresidente de la Fundación Sur, contra el pronunciamiento obrante a fs. 82/83 dictado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, que resolvió “Confirmar la decisión de fs. 77/79, sin costas, mediante la cual se rechaza la

acción de hábeas corpus y en todo cuanto ha sido materia de consulta.”.-

Las impugnaciones fueron denegadas, lo que motivó la queja obrante a fs. 165/179 vta, a las que la Sala hizo lugar a fs. 185 (reg. N° 1292 de 2/11/06), y mantenidas a fs. 187.-

Puestos los autos en Secretaría por diez días a los fines de los artículos 465 primera parte y 466 del Código Procesal Penal, se presentaron los recurrentes solicitando que se haga lugar a los recursos deducidos.-

Según constancia actuarial de fs. 198, se celebró la audiencia prevista por el artículo 468 del código de forma.

## **SEGUNDO**

I) Con invocación de la causal contemplada por el artículo 456 inciso primero del Código Procesal Penal de la Nación, el recurrente alegó la errónea aplicación del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la ley 23.098.

Manifestó que la vía intentada es la adecuada para impugnar las privaciones de libertad de los menores protegidas por esta, ya que en nuestro ordenamiento jurídico, es el recurso rápido y sencillo que tutela la libertad física, institución que fue constitucionalizada a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 (arts. 75 inc. 22 de la C.N., 8, 25.1, 27.2 de la CADH y OC-9/87 de la CIDH).

En ese sentido, señaló que el *a quo* ha desconocido la situación jurídica de las personas acusadas por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años y privadas de la libertad, dado que nunca podrían ser responsabilizados por no ser penalmente punibles de acuerdo a lo establecido por el artículo 1° de la ley 22.278.

Refirió que la normativa faculta al juez a disponer de los niños a los efectos de realizar estudios de su personalidad, condiciones familiares y ambientales, afectando su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, sin que exista previsión legal que permita su revisión en instancia de impugnación.

Que el trámite del expediente tutelar queda librado al criterio de cada juzgado, ya que no existe norma que prevea los pasos a seguir y las medidas y su duración son indeterminadas, con el único límite de la mayoría de edad civil, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor.

A ello sumó, que tales medidas tutelares se fundamentan en informes psicológicos tanto del Cuerpo Médico Forense como de las instituciones donde el menor ha sido incluido, en violación del principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Agregó que el trámite del legajo es secreto, de acuerdo con el art. 179 del Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal, lo que determina la inaccesibilidad para los niños y adolescentes como para sus padres y/o letrados, situación que se traduce en la imposibilidad de la asistencia de un abogado para que lo asesore técnicamente en defensa de sus intereses en el marco del expediente tutelar que lo tiene privado de su libertad.

Manifestó que el Defensor de Menores, si bien es el representante promiscuo de los incapaces, también cumple la función tutelar propia del patronato del Estado, conferida por la derogada ley 10.903, de lo que se desprende que sus intervenciones estén identificadas con las del juez de la causa, pues ambos contribuyen a la tutela del menor.

Que de esta manera, añadió que la intervención del Defensor de Menores e Incapaces “no se enmarca en el reconocimiento de las

garantías individuales que como niño han sido consagradas a la luz de la protección integral que de sus derechos impone la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que no opera como abogado del imputado para asegurar el adecuado y legítimo ejercicio de su defensa en juicio, sino que más bien legitima el control criminalizador desplegado por el Estado respecto de una persona que no es punible de acuerdo con la normativa vigente”.

Destacó que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ha expresado su preocupación por la vigencia de las leyes 10.903 y 22.278, inspiradas en la doctrina de la “situación irregular”, ya que, en particular, no distinguen claramente entre los niños que necesitan atención y protección y aquellos que tienen conflictos con la justicia.

Afirmó que el principio de la improcedencia del hábeas corpus contra decisiones judiciales debe admitir excepciones en situaciones como la presente, pues de lo contrario se incurre en un exceso formal que culmina negando toda eficacia a la tutela del derecho y a la administración de justicia.

En ese sentido, señaló que el art. 3º de la ley 23.098 no puede entenderse en forma restringida, debiendo acudirse al principio *pro homine* y al interés superior del niño para su interpretación; que la cláusula debe ser analizada con ajuste a las reglas de jerarquía superior, es decir, a la luz de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, exigiéndose la revisión por esta vía cuando se configura una situación sistemática de violación de derechos fundamentales.

Refirió que el caso exige que prospere la acción intentada excepcionalmente contra decisiones de autoridad judicial, porque las privaciones de libertad emanan de una autoridad incompetente.

En ese aspecto, aseguró que el régimen penal para la minoridad vigente, al establecer la no punibilidad de los menores que hayan cumplido 16 años de edad, ha renunciado su persecución penal, de modo que la situación en que se encuentran estos jóvenes es manifiestamente ilegítima.

Indicó que la inimputabilidad establecida por la ley 22.278 debe interpretarse a la luz de la Constitución Nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño, como la absoluta imposibilidad del Estado de imponer una pena a menores de 16 años, definiendo como una pena a la privación de libertad en que se encuentran estos jóvenes.

Que por ello, el resolutorio impugnado al sostener que “las internaciones de los menores encuentran sustento en decisiones de autoridad competente (los jueces)”, desconoce que el artículo 1º de la ley 22.278 establece que “No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad”, no pudiendo sostenerse que los jóvenes están internados con motivo de la comisión de delitos ni entender que “las internaciones de los menores encuentran sustento en decisiones de autoridad competente”.

Señaló que “...la limitación ilegítima de la libertad ambulatoria emana de autoridad incompetente, ya que los Jueces de Menores no tienen autoridad para realizar estas internaciones sin violar derechos y garantías básicas de nuestro estado de derecho, ya que las personas menores de 16 años de edad no pueden catalogarse como infractores a la ley penal y bajo ninguna circunstancia deberían ingresar al sistema de justicia, pues, el Estado ha adoptado la decisión político – criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas – menores de 16 años– cometan delitos.”.

Que “...la legislación y la intervención estatal sobre niños y jóvenes no puede olvidar que es parte del ordenamiento jurídico de un estado de derecho y que, como tal, debe brindar garantías y límites al ejercicio de su poder punitivo. La consideración de las personas menores de 16 años como no punibles, no puede autorizar el inconstitucional arbitrio judicial porque estos jóvenes también son personas y sólo pueden ser sometidos al poder punitivo del Estado con las debidas garantías que surgen de la Constitución Nacional, la CDN y los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos.”

El recurrente aseguró que esa idea se ve reforzada con la sanción de la ley 26.061, que precisa competencias específicas de la administración para el abordaje de la problemática asistencial de niños, niñas y adolescentes, enervando la responsabilidad y competencia que pudiera haberle correspondido al juez penal - en lo concerniente a la situación social- que conociera en aquella causa en que el niño fuera imputado siendo menor de 16 años.

Que nuestro marco regulatorio impone expresamente el apartamiento de los jueces con competencia en materia penal, del análisis de toda cuestión que no se relacione con el juzgamiento del delito presuntamente acontecido; de forma tal que la privación de la libertad de los jóvenes objeto de esta acción, en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años, que habilita el artículo 1º de la ley 22.278, es ilegítima y los jueces de menores carecen de competencia para decretar una medida de esa clase.

Destacó que, de conformidad con la Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, “...no hay sustento para sostener que la aplicación de esta medida cubra alguno de los extremos que el sistema normativo argentino exige para que proceda la restricción del derecho a la libertad y exige por lo tanto, la urgente revisión de la restricción incondicionada del habeas corpus contra decisiones de

autoridad judicial por tratarse de privaciones de libertad emanadas de una autoridad incompetente.”

II) El recurrente planteó la errónea aplicación de los artículos 18 y 43 de la Constitución Nacional y 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por mediar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese sentido, refirió que la negativa a abordar la problemática planteada importa una violación a las normas constitucionales e instrumentos internacionales, en lo relativo al derecho de acceso a la jurisdicción y a obtener una efectiva protección jurisdiccional.

Que la acción intentada “... tiene por objeto amparar a la totalidad de los miembros de este grupo en la necesidad de obtener igual protección, estando convencidos de que sólo un planteo de carácter colectivo resulta idóneo para abordar la situación de crisis enunciada.”, agregando que, precisamente, el artículo 43 de la Constitución Nacional “... permite tutelar intereses que, por su situación de vulnerabilidad, sólo adquieren importancia al ser concebidos de modo agregado o plural, o únicamente pueden conseguir una mejor solución de esa forma.”

Por tal motivo, interpretó que el *aquo* al resolver del modo en que lo hizo, ha desvirtuado lo dispuesto por la norma constitucional referida, al soslayar la posibilidad de accionar en defensa de derechos o intereses colectivos.

Sostuvo que los “... alcances de dicha norma constitucional, que -en virtud de la reforma introducida en 1994- amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, fueron determinados con bastante precisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y lo resuelto por el a quo

contraviene frontalmente la jurisprudencia en la materia de nuestro máximo tribunal federal.”

En ese contexto, el recurrente citó lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en autos “VERBITSKY”, del 3/05/05, supuesto en el que se planteaba la procedencia de una acción de *habeas corpus* correctivo de alcance colectivo, para el control judicial de la situación de las personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

Teniendo presente el razonamiento de la Corte Suprema, el recurrente indicó que “...el objeto del planteo de esta parte no es la solución de la situación individual de una persona...sino la situación de alcance colectivo de violación por parte del Estado de los estándares jurídicos fijados en materia de niños, niñas y adolescentes por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.”

Alegó que “En el caso, existen al menos tres factores que resultan relevantes: En primer lugar, la justificación de la elección de una acción colectiva se funda en la naturaleza general y sistémica del problema. Los remedios individuales son insuficientes porque la interposición de *habeas corpus* individuales, solo resuelve el derecho del niño concreto a no ser privado de la libertad, mas no resuelve el problema de la disposición tutelar de todas las personas privadas de libertad en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años.”

Que “...se requiere no sólo la progresiva liberación de estos jóvenes –como cualquier *habeas corpus* – sino también la incorporación de cada uno a alguno de los planes y programas del sistema de protección integral de derechos. Por lo que, una solución efectiva del caso, requiere además el diseño e implementación de un



sistema de protección integral acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la ley 26.061 y al decreto 415/2006.”

Añadió que, en segundo lugar, “...se presentan serias razones de economía procesal que hacen preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción. Por un lado, dado el carácter colectivo del remedio solicitado, corresponde que la orden judicial dirigida al Poder Ejecutivo para dar solución a la cuestión planteada provenga de un único órgano judicial y se refiera a la totalidad de la situación; por otro lado, dada la gravedad y urgencia de la situación denunciada, la centralización de la cuestión en un solo tribunal evita la acumulación de múltiples causas individuales con el mismo objeto, así como la existencia de decisiones contradictorias”.

En tercer lugar, afirmó que “... el conjunto de personas objeto de esta acción, en virtud de su edad, la fuerte restricción de su libertad ambulatoria, la sujeción a controles estatales intensos, la deficiente instrucción y la carencia de contacto familiar, resulta un colectivo especialmente vulnerable para la defensa de sus derechos.”.

Señaló que resulta claro que la presentación de acciones individuales, no puede considerarse como una alternativa viable, de manera que la respuesta jurisdiccional del *aquo* configura una violación al derecho que tienen las personas representadas a recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, para obtener la protección de sus derechos esenciales.

Recordó lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Girolidi”, donde recogió las pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la necesidad de allanar el acceso a la jurisdicción en procura de garantizar a los justiciables el goce de sus derechos esenciales.

Por tal motivo, el impugnante afirmó que el decisorio cuestionado trasgrede elementales disposiciones internacionales (art. 25. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que reconocen el principio, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos. En lo que a esta cuestión se refiere, el presentante indicó que si se deniega la procedencia de la vía, los derechos vulnerados carecerían de adecuada protección judicial, y se daría un supuesto de denegación de justicia, con la consiguiente violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH y 2.3 del PIDC.

**III)** Con sustento en la causal prevista en el inciso 2° del artículo 456 del Código Adjetivo, el recurrente invocó la arbitrariedad de la sentencia por omisión de tratamiento de cuestiones planteadas.

Afirmó que la Cámara de Apelaciones no se expidió sobre la ilegítima privación de libertad que sufre el colectivo objeto de esta acción, ni los demás derechos afectados como producto de esta situación. Que tampoco lo ha hecho en relación a la procedencia de la acción de habeas corpus como una garantía de acceso a la justicia, ni abordado el tratamiento de la cuestión referida al derecho invocado por la Fundación Sur, relativo a la posibilidad de accionar de manera colectiva en defensa de todas las personas que por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad, se hallaren privados de su libertad en virtud de resoluciones judiciales emitidas por los Juzgados Nacionales de Menores, en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de la conveniencia de tratar la cuestión de manera unificada.

Además, manifestó que la resolución en crisis carece de motivación suficiente, ya que, "...para sustentar el rechazo de la acción de habeas corpus intentada, el Tribunal no ha razonado sobre

los elementos alegados y las pruebas obrantes en la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional impuestas por la ley procesal”.

También consideró que media una errónea interpretación del objeto de la acción incoada, señalando que no tenía por objeto el caso de las personas menores de 16 años de edad ilegítimamente detenidas, sino a quienes lo fueron en ocasión de haber presuntamente cometido un acto ilícito antes de cumplir los 16 años de edad, pero que a la fecha, pueden tener más de esa edad.

**IV)** Con base en las previsiones del artículo 474 del Código Procesal Penal de la Nación, se invocó la invalidez constitucional del artículo 1° de la ley 22.278.

El impugnante sostuvo que la norma es inconstitucional porque implica la vulneración de las garantías básicas que en los artículos 16, 18 y 19 consagra nuestra Carta Magna y contraria a las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 3, 5, 9, 12, 37 y 40, además de confrontar también con las disposiciones de otros tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

Manifestó que, según nuestro derecho positivo interno, el alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundamentado en fines educativos, protectorios, punitivos, tutelares, de seguridad, o cualquier otro similar, tratase de una privación de la libertad. Que la norma “... habilita la restricción ilegítima de la libertad de los jóvenes objeto de esta acción por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad, es decir siendo no punibles, por medio de un proceso que para el caso de los menores inimputables termina siendo una ficción que no guarda relación con la decisión de privarlos de libertad, dado que

estos jóvenes inimputables para la ley, son sobreseídos, pero pese a tal sobreseimiento son penados y encerrados, ... sin respeto de mínimas garantías constitucionales que nuestra Carta Magna reconoce a todo ser humano...”.

Por ello, entendió que la privación de libertad de estos jóvenes implica la vulneración de los principios constitucionales del debido proceso, de legalidad y reserva, derecho de defensa y presunción de inocencia reconocidos no sólo en la Constitución Nacional sino también en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Que, asimismo, el mencionado art. 1º de la ley 22.278 al permitir las cuestionadas privaciones de libertad, vulnera otros derechos fundamentales de estos jóvenes, como son el derecho a las relaciones familiares, a la educación y el interés superior del niño.

Al respecto, analizó la situación jurídica de los jóvenes no punibles en los términos del referido dispositivo legal. Señaló que la situación en que se encuentran todas las personas privadas de libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad, es manifiestamente ilegítima, ya que no obedece a una prisión preventiva ni a una condena firme y vulnera los principios de legalidad penal, culpabilidad, inocencia y el derecho a un juicio previo.

Con sustento en el artículo 411 del ordenamiento formal, indicó que es común en la práctica que los tribunales convoquen a los jóvenes a prestar declaración indagatoria, para luego, automáticamente, dictar el sobreseimiento por inimputabilidad, independientemente de su no participación en el hecho que se le imputa y del orden de prelación establecido, de conformidad con el artículo 336 del cuerpo formal. Aseguró que, de tal forma, se priva

al menor de un debido proceso, de su derecho constitucional de defensa, y se vulnera la presunción de inocencia.

Asimismo, conceptuó que se lesiona la limitación constitucional al *ius puniendi* estatal, ya que en un Estado de derecho existen requisitos para privar de la libertad a las personas, sea como medidas cautelares o como sanciones, pero en todos los casos debe observarse estrictos recaudos formales y sustanciales.

En ese orden de ideas, el impugnante señaló que las causas por las cuales los menores objeto de esta acción se encuentran privadas de libertad, se sustentan únicamente en cuestiones de abandono material y moral, por lo que no se dan los estrictos supuestos constitucionales que permiten la privación de la libertad.

Que también se verifica un quiebre al principio de legalidad y del derecho penal de acto, ya que la no punibilidad establecida por la ley 22.278 debe ser entendida como la absoluta imposibilidad del Estado de privar de libertad a las personas menores de 16 años al momento de presuntamente cometer el hecho que se les imputa.

Que en el presente caso se lesiona el principio de legalidad penal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 40. 2. a. de la CDN, art. 9 de la CADH y art. 15 del PIDCP, en cuanto impone al Estado la exigencia de una ley previa, formal, escrita y estricta.

En ese aspecto, manifestó que no existe una ley previa que tipifique como delito las circunstancias que habilitan la disposición tutelar de jóvenes no punibles (art. 1° de la ley 22.278), afirmando que ello jamás podría acaecer pues no existe conducta que ponga en peligro o lesione un bien jurídico de un tercero.

Concluyó afirmando que la privación de la libertad de los jóvenes en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años, que habilita el artículo 1° de la ley 22.278, es

ilegítima, al justificar la intervención coactiva estatal en virtud de estados personales.

Manifestó que en el proceso tutelar, las medidas dispuestas no están asentadas en un hecho previo típico ni en un proceso previo, “...son discrecionales, secretas, no son fundadas, y para su efectivización se tienen en cuenta criterios peligrosistas que atienden a las características de la personalidad y a la incriminación de estados, propia de los sistemas totalitarios contrarios al orden constitucional.” A su vez la privación de la libertad se decreta sin que haya existido un juicio previo por lo que también se vulnera la garantía constitucional del debido proceso contemplada (arts. 8 de la CADH, 14 del PIDCP y 18 de la Constitución Nacional ), que establece que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Que, paralelamente, la privación de la libertad como medida tutelar vulnera el principio de inocencia contenido en el artículo 18 de la Carta Magna, el enunciado n° 7 de las Reglas de Beijing, y los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.2.b. I de la CDN., señalando que “Este principio supone que toda persona acusada de haber cometido un delito goza de un estado de inocencia y este estado sólo es posible desvirtuarlo luego de un juicio en el que se presente la acusación, se posibilite el derecho de resistir a aquélla, se produzcan las pruebas de cargo y de descargo, y finalmente se dicte una sentencia por un tribunal imparcial en base a los elementos presentados ante él”. (CNCyC., Sala I, causa 22.909, “Famoso, Elizabeth y otro”, 17 de marzo de 2004, y causa 21.574, “Gómez, Lucía A. y otros”, 2 de junio de 2004)”.-

Que en definitiva, “... en los casos de estas personas privadas de libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir

los 16 años de edad, no hay sustento para sostener que la aplicación de esta medida cubra alguno de los extremos que la ley exige para que proceda la restricción del derecho a la libertad. Por lo tanto, esta privación es ilegal dado que violenta garantías sustantivas y procesales fundamentales en nuestro sistema de derecho.

El impugnante argumentó sobre los derechos afectados por la norma tachada de inconstitucionalidad.

De un lado, señaló que el alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundado en fines educativos, protectorios, punitivos, tutelares, de seguridad o cualesquiera otros constituye privación de la libertad conforme nuestro derecho positivo interno.

Alegó que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional ha incorporado los Tratados Internacionales de Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia”; y en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, su interpretación ha sido fijada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en la Resolución 45/113, aprobada por 14/12/90, a través de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que en la Regla N° 11.b define que "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...".

Que esa regla “...es reafirmada en nuestro ordenamiento nacional por la ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes – ley 26.061–. En este sentido, el artículo 19 de la ley define privación de libertad como la ubicación de un niño,

niña o adolescente en un lugar donde no pueda salir por su propia voluntad.”.

Indicó que la idea se refuerza en el Fallo de la Corte Suprema de Justicia “M., D. E. y otro s/robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, al señalar que los menores “...son *"dispuestos", "internados" o "reeducados" 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*”.

Que, por su parte, esta Cámara de Casación Penal, ha declarado como doctrina plenaria que corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal, conforme la ley 22.278, en el Acuerdo N° 2/2006, Plenario N° 12, 29 de junio de 2006, “C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley”.

Destacó el informe elaborado por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, junto a UNICEF, Oficina de Argentina, “Privación de libertad. Situación de niños, niñas y adolescentes en Argentina”, donde se puede leer claramente que la institucionalización es privación de libertad .

El recurrente manifestó que la privación de la libertad necesariamente trae como consecuencia la afectación del derecho a



las relaciones familiares, que cobran sensible relevancia en el modelo que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, a través del sistema de protección integral de derechos, de acuerdo a la situación en la que se encuentran los niños y los adolescentes en su proceso de crecimiento y desarrollo.

Que en el caso analizado, “...se ha privado a estos jóvenes de sus relaciones familiares, a través de la aplicación de una medida que no cumple con los recaudos impuestos por la normativa vigente. No puede admitirse que la finalidad de un acto estatal sea desarticular una familia. No hay ningún interés que se pueda proteger privando a las personas de sus relaciones familiares. Hace al interés superior del niño y al principio de igualdad que se respeten sus derechos a tener una familia y a crecer en un ambiente comunitario.”.

Que “...el funcionamiento de los institutos de menores hace que se coarten derechos básicos como el derecho a la educación, con la excusa de mantener una estricta seguridad...el Estado también debe garantizar el derecho a la educación de los chicos privados de libertad. Los jóvenes alojados en estas instituciones tienen derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlos para su reinserción en la sociedad y, siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera de la institución.”.

Alegó que el interés superior del niño consagrado en el artículo 3° de la CDN, plasma la plena satisfacción de sus derechos, y se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e incluso orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Aseguró que en ese aspecto, no es posible entender que se respeta aquél interés si se restringe al niño su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, máxime cuando no concurren los requisitos constitucionales mínimos previstos para los adultos para que el Estado se encuentre legitimado para aplicar tal coacción.

En conclusión, y de acuerdo a lo manifestado, afirmó que las decisiones mediante las que se priva de la libertad a los menores, el interés superior del niño no ha sido considerado y que la omisión de aplicar los principios enunciados importa una grave falta del Estado Argentino que le hace incurrir en responsabilidad internacional a causa del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que ha asumido al suscribir los pactos internacionales de carácter vinculante.

Precisó que no obstante “...que coincidimos con los argumentos sostenidos por la Juez de Primera Instancia, y retomados por la Cámara, en cuanto a que le corresponde al Poder Legislativo “adecuar la legislación de la República Argentina a los tratados y convenios internacionales”, es tarea de los tres poderes cumplir con el mandato internacional; contando el Poder Judicial con un rol preponderante en la materia: la necesidad de reparar las posibles violaciones a normas internacionales que se hagan patentes en los casos que le son llevados a su conocimiento.”

Recordó que dada la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, su no aplicación por parte de

los tribunales argentinos podría significar la responsabilidad internacional por desconocer normas de rango constitucional.

En ese marco, alegó que la situación de violación de derechos humanos de niños y adolescentes que se denuncia, demanda la inmediata acción del Tribunal a efectos de garantizar el estricto cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y demás normas internacionales invocadas.

Asimismo reconoció “...que la actuación judicial tiene sus límites y no le compete evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración pública. En consecuencia, no se trata de que el Poder Judicial defina de qué modo debe subsanarse el problema, pues ésta es una competencia de la Administración”.

Que resulta “... impracticable una solución total e inmediata a nuestra pretensión, y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, por esta razón solicitamos que se establezca una instancia de ejecución en la que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados puedan determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de las ilegítimas privaciones de libertad que sufre el colectivo objeto de esta acción.”.

Consideró que “...dada la complejidad de lo solicitado, la trascendencia pública de la problemática, así como los múltiples actores involucrados justifican la necesidad de establecer una mesa de diálogo, que sea un ámbito de discusión en el cual puedan participar la pluralidad de afectados.”. Para ello, consideró prudente que se la convoque, con participación de las áreas respectivas del

Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y organizaciones de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones, a fin que en un ámbito de intercambio se arribe a soluciones adecuadas y sustentables.

Que desde la base de que las políticas públicas eficaces requieren discusión y consenso, afirmó que “...es preciso implementar este mecanismo que permitiría el intercambio con el único propósito de lograr diseñar y ejecutar un plan progresivo de liberación e incorporación a los programas que prevé la ley 26.061.”.

Que en ese sentido, debe definirse un sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; agregando que “...la ley 26.061 distingue claramente las políticas sociales de la política criminal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales entendidas como responsabilidad conjunta- en su diseño y ejecución- de la sociedad civil y del Estado. De ahí que se desjudicialicen prácticamente todas las cuestiones relativas a la protección de la infancia, supuesto que con la ley 10.903 habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.”.

En consecuencia, explicó que “...los problemas vinculados a la satisfacción de los derechos básicos de los niños no constituyen problemas atendibles por la justicia de menores o la justicia penal. La Justicia Nacional de Menores sólo debe actuar cuando a una persona menor de edad imputable -es decir, mayor de 16 años- se la acuse de haber cometido un delito.”

Que, de acuerdo a ese plan, se trata de cumplir con la Convención sobre los Derechos del Niño y la mencionada ley 26.061, instando al Poder Ejecutivo Nacional y de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires a efectivizar las medidas de protección de derechos, poniendo en marcha en un plazo máximo razonable un programa de liberación progresiva.

Por otra parte, entendió que es preciso establecer un amplio espectro de medidas de protección, que deben ser proporcionadas a las circunstancias y gravedad del delito imputado y de acuerdo a cada caso concreto, verificando cuál es la más adecuada para cada joven según sus condiciones personales y familiares, todo ello con expreso acuerdo del menor y teniendo como base las medidas recomendadas en el artículo 40.4 de la CDN. y 18 de las Reglas de Beijing

V) En la oportunidad prevista por el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación se presentó el Dr. Emilio García Méndez a ampliar los fundamentos de la impugnación.

Ratificó los argumentos expuestos en los recursos de casación e inconstitucionalidad, agregando que para ser coherentes con el criterio jurídico de la inimputabilidad se debe comenzar afirmando que nada puede exigírsele a quien no tiene capacidad para comprender la criminalidad de sus actos ni para motivarse por las amenazas que contienen los tipos penales; que las normas que determinan la no punibilidad de menores de 16 años son presunciones *iuris et de iure* por lo que no es posible realizar ninguna investigación destinada a determinar el discernimiento real del joven para acreditar su capacidad.

Indicó que el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, impone al Estado la exigencia de una ley previa, formal, escrita y estricta que tipifique como delito la conducta que se sanciona.

En ese aspecto, afirmó que el artículo 1º de la ley 22.278 viola aquél postulado constitucional pues no prevé ni los hechos

punibles ni las penas a aplicar; temas que quedan a la total discrecionalidad del juez; las sanciones impuestas no son consecuencias de conductas típicas sino de situaciones que tienen que ver con condiciones personales, ambientales o familiares de los menores y por tal motivo, la privación de la libertad de estos jóvenes en virtud de hechos presuntamente cometidos antes de cumplir 16 años deviene ilegítima.

Del otro lado, reiteró que el sistema penal debe basarse en la culpabilidad por el hecho cometido, descartando la idea de que se pueda ser culpable por defectos del carácter o por la conducción de la vida, en tanto, en la lógica del dispositivo legal tachado de inconstitucional, el suceso delictivo pasa a un segundo plano sin que sea la razón determinante de la consecuencia jurídica.

Partiendo de este criterio, entendió que el artículo 1 de la ley minoril es constitucionalmente inválido pues faculta al juez a disponer del menor de edad, no por razón del hecho cometido, sino por sus circunstancias personales con el único fundamento de hallarse abandonado, falta de asistencia, en peligro moral o material o presenta problemas de conducta.

Seguidamente, alegó que no demanda esfuerzo notar que en la norma no hay ninguna relación entre el hecho punible y la consecuencia jurídica; la sanción que aplica el juez no está determinada previamente por la ley, ni en su duración ni en su forma de ejecución, de manera que las privaciones de la libertad de los jóvenes objeto de la acción son ilegalmente indeterminadas y carecen de proporción con el delito imputado.

Que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de las personas, es decir no degradante, concepción que lo lleva a concluir que el principio de proporcionalidad se encuentra ausente en el artículo 1° de la ley

mencionada, en tanto admite la privación de la libertad de los jóvenes independientemente del hecho atribuido.

Sostuvo que también se verifica una lesión al principio de inocencia, ya que la ley admite la privación de la libertad de los menores de 16 años al margen del resultado de la causa penal y de si se ha probado su culpabilidad.

Del mismo modo, entendió que los principios de debido proceso y juicio previo se aprecian vulnerados al decretarse las restricciones a la libertad de los menores objeto de la acción con sustento en el cuestionado artículo 1° de la ley 22.278 que no los ha receptado.

Lo propio indicó con relación al principio de igualdad, en tanto estima que no es constitucionalmente correcto dar a los niños un tratamiento diferencial sometiéndolos a un régimen en que el son ignorados los derechos y garantías elementales.

Consideró, por otra parte, que es conveniente no olvidar la naturaleza penal del artículo 1° de la ley, en tanto las sanciones impuestas a estos jóvenes se traducen en restricciones de derechos y se imponen coactivamente; que en este tipo de procesos deberían preservarse todas las garantías constitucionales, lo que no sucede cuando se pierde de vista su índole penal, en función de actuaciones exclusivamente tutelares de contenido autoritario.

Concluyó señalando que en los casos de estas personas privadas de la libertad por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir 16 años de edad no hay razones para sostener que la aplicación de esta medida cubra alguno de los extremos que la ley exige para su procedencia, de manera que la norma que la habilita es inconstitucional y violatoria de garantías sustantivas y procesales fundamentales en nuestro sistema de derecho.

### **TERCERO**

a) Con motivo de lo solicitado por la Fundación Sur en el escrito recursivo, se resolvió establecer una mesa de diálogo con intervención de las autoridades del Gobierno Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires (cfr. fs. 204).

A ese fin, como medida para mejor proveer y con suspensión de la deliberación, se convocó a los representantes de la Fundación Sur Argentina y a los funcionarios que se designaran del área de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y a las respectivas del ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la audiencia del día 13 de junio pasado, para que en vista de los antecedentes del expediente, expongan sus posiciones acerca de la cuestión planteada y su posible solución.

En esa oportunidad, el impugnante presentó el escrito obrante a fs. 224/239 vta.

Refirió que según el informe “Privados de Libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina”, elaborado por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y UNICEF -Oficina Argentina-, hay en el país 19.579 jóvenes privados de la libertad; habiendo 1.584 personas menores de 21 años en la Ciudad Autónoma de Bs. As. en esa condición, de los cuales 438 lo están con motivo de una causa penal; al par que señaló que en la nota n° 97/06, emitida por la Dirección Nacional de Derechos y Programas para Niñez y Adolescencia, surge el detalle de los menores de 16 años que se hallan alojados en el Instituto “Gral. San Martín”, sus edades y dependencias judiciales intervinientes.

Argumentó sobre el estado de la situación jurídica actual. En ese sentido, recalcó que los jóvenes objeto de esta acción han sido todos sobreseídos por los hechos que se les imputaron, dada su no



punibilidad; no obstante, permanecen privados de libertad de acuerdo a medidas tutelares cuya procedencia faculta el artículo 1° de la ley 22.278, en aras de estudiar su personalidad, condiciones familiares y ambientales, sin que exista normativa que permita la revisión judicial en instancia de impugnación.

Agregó que las disposiciones sobre la prisión preventiva no rigen respecto a los menores de dieciocho años, siendo aplicable la legislación específica, afirma que todas las restricciones a la libertad de menores de 16 años al momento de ser imputados por la comisión de un delito operan en el expediente tutelar.

Que el legajo es tramitado discrecionalmente, según el criterio de cada juzgado pues no hay norma que precise los pasos a seguir; la reacción estatal es por tiempo indeterminado, siendo su única limitación la mayoría de edad civil, en la que cesa la disposición judicial.

Aseguró que la situación en que se encuentran las personas objeto de la acción intentada es manifiestamente ilegítima, que la violencia institucional a la que el Estado los somete constituye una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, contraria a las normas internacionales de protección de la infancia.

Trajo a colación, el criterio del “estado de cosas inconstitucional”, desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana que en una de sus sentencias (Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, rta. 28/4/98, T-137001 y T-143950) explica la necesidad del uso de acciones colectivas para buscar remedio a situaciones de lesión de derechos fundamentales de carácter general y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir, que por lo general no se originan exclusivamente en la autoridad demandada, de modo que las soluciones dependen de la acción mancomunada de diversas entidades; que lo más indicado es

dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes para que pongan fin a ese estado de cosas inconstitucional.

Que en ese sentido, la Sala Tercera de Revisión de dicho órgano jurisdiccional, en un caso paradigmático, ordenó a las autoridades del Gobierno Colombiano a elaborar planes tendientes a garantizar a los reclusos condiciones de vida digna en los penales y a que se realicen las gestiones necesarias para el financiamiento de los gastos que ello demande, incluyéndose en el presupuesto las partidas correspondientes.

Sobre esa base, indicó que en el particular existe un estado de cosas inconstitucional, pues se verifica una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; el derecho a la libertad es flagrantemente violado, afectando a todos los jóvenes por hechos presuntamente perpetrados antes de cumplir 16 años y el accionar estatal implica no sólo el incumplimiento de su obligación de respetar los derechos del niño, sino también la de garantizar sus derechos, tomando todas las medidas positivas necesarias.

Indicó que se está en presencia de una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de aquellas obligaciones, pues por un lado el Poder Judicial dispone las medidas tutelares -privaciones de la libertad- y por otro, el Poder Ejecutivo, a través de sus órganos competentes, mantiene en funcionamiento establecimientos como el Instituto “Gral. José de San Martín”, destinado exclusivamente a la privación de la libertad de personas menores de 16 años.

Refirió que esa situación es de tal gravedad, que el Comité de los Derechos del Niño en Naciones Unidas, en las observaciones finales sobre Argentina, ha expresado su preocupación por la

vigencia de las leyes 10.903 y 22.278, enmarcadas en la doctrina de la “situación irregular”.

Entendió que los magistrados a cargo de los Juzgados de Menores deberían disponer el cierre de las actuaciones, ordenando su archivo y subsidiariamente dar intervención al Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires que es la autoridad administrativa competente.

Que, por su parte, el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, también podría rechazar la solicitud de ingreso de una persona menor de edad a un instituto de régimen cerrado invocando el artículo 19 de la ley 26.061; por ello, afirmó, es inadmisibles que el Estado posea una institución como el “Gral San Martín”, destinado exclusivamente a esos fines.

Aseguró que la ley 26.061 ha puesto coto al tratamiento de los menores como objetos de tutela regidos por la derogada ley de patronado, 10.903, en cuyo régimen los menores se encontraban a merced de la buena voluntad de los jueces sin derecho a recurrir o cuestionar su situación o las medidas adoptadas sobre su persona.

Destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la OC-17-2002, del 28 de agosto de 2002, estableció, en lo esencial, que en los casos de menores de dieciocho años infractores, la conducta que motive la intervención estatal debe hallarse descripta en la ley penal, en tanto que los casos como el abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben atenderse en forma diferenciada de aquellos, siempre con respecto a los principios y reglas del debido proceso.

A su vez, indicó que recientemente el Comité sobre los Derechos del Niño, emitió la OG n° 10, donde estableció que los niños que cometan una ofensa en una edad debajo del mínimo previsto, no pueden ser tenidos por responsables en un

procedimiento penal, aún cuando tengan capacidad de infringir la ley penal.

Que pese a haber transcurrido quince años de la ratificación de la CDN -ley 23.0489-, más de diez de su incorporación a la Constitución Nacional -art. 75 inc. 22- y casi dos de la sanción de la ley 26.061, las prácticas violatorias de los derechos humanos de los niños y jóvenes no ha seguido los cambios legislativos.

En ese marco, señaló que los Poderes Ejecutivos, Nacional y Local, deben tomar las medidas necesarias para hacer congruente la legislación nacional con las disposiciones nacionales e internacionales específicas para dar efecto pleno a los derechos y libertades reconocidas; que pese a existir numerosos proyectos de ley disponiendo la creación de un sistema de responsabilidad penal juvenil, el Poder Legislativo ha sido omiso en sancionar un régimen acorde a los estándares internacionales de derechos humanos.

Que, por tanto, según el presentante, el Estado Argentino no ha cumplido con las obligaciones que le impone el artículo 1° de la CADH, de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, garantizando su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminaciones.

Manifestó que la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones; que la situación requiere la progresiva liberación de estos jóvenes y su incorporación a alguno de los planes y programas del sistema de protección integral de derechos.

Alegó que la problemática está determinada por diferentes factores, de modo que, para arribar a soluciones adecuadas se deben adoptar un conjunto de acciones desde las respectivas áreas del

Poder Ejecutivo Nacional, del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Jueces Nacionales de Menores.

Agregó que, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional Colombiana, se puede advertir cómo este tipo de decisiones no sólo evita la congestión del aparato judicial y promueve el principio de igualdad, sino que permite que las autoridades públicas competentes adopten las medidas estructurales que consideren adecuadas para eliminar los factores que conducen a generar la vulneración masiva de los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Manifestó que el plan de incorporación progresiva deberá garantizar un ámbito de discusión amplio, participativo y con continuidad en el tiempo, para la discusión de las diversas medidas que deban adoptarse y controlar el efectivo cumplimiento de las órdenes del tribunal.

Indicó que “...la posibilidad de llegar a una solución apropiada y duradera de este tipo de problemas y de que dicha solución sea efectivamente implementada, dependerá principalmente del modo no confrontativo y/o colaborativo en el que se conciben las soluciones; así como del nivel de intervención y rol que los jueces adopten en el desarrollo y control de las medidas ordenadas.

Señaló que el tratamiento que los respectivos tribunales Nacionales han dado a las causas "Viceconte" y "Vertbistsky", y la justicia de la Ciudad de Buenos Aires sobre el caso "Villa la Dulce 28", constituyen “...valiosos precedentes que inauguran una positiva tendencia respecto del rol del Poder Judicial frente a complejos problemas estructurales que, como en el caso que nos ocupa, afectan derechos humanos fundamentales y demandan el diseño e implementación de políticas públicas.”

Seguidamente, citó, diversos precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en materia de casos de interés público, tales

como "Miranda vs. Arizona"; "Brown vs. Junta de Educación y otros conexos"; "United States v. Montgomery County Board of Educational y "West Coast Hotel Co. v. Parrish", en los que se destaca el activo rol que ha desempeñado en la defensa de los derechos fundamentales.

Añadió que en la India y Sudáfrica los tribunales han adoptado un rol similar en la protección de los derechos sociales implementando medidas tendientes a garantizar su concreción a través de nuevas prácticas constitucionales.

En síntesis, el impugnante refirió que la reconstrucción de un Estado de Derecho exige que las instituciones formen parte del mismo y se comprometan con el cambio, y que claramente en ese aspecto, el rol de la justicia, en el caso en particular el de esta Cámara de Casación, es fundamental.

Precisó que todas las medidas que se solicitan encuentran fundamento jurídico en las obligaciones internacionales del Estado y la normativa nacional específica, entre las que los instrumentos internacionales y la ley 26.061 constituyen las guías dirimientes del proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas.

Solicitó que se declare la ilegitimidad de las privaciones de la libertad denunciadas; se requiera a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación y al Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que en un plazo razonable presenten conjuntamente un plan de incorporación progresiva de cada una de las personas hoy privadas de la libertad objeto de esta acción, en alguno de los programas de protección, de los múltiples existentes, del sistema de protección integral de derecho establecidos en la ley 26.061.

Propuso que para concretar dicho plan se “...debe establecer un amplio espectro de medidas de protección, de acuerdo a cada caso concreto, evaluándose las medidas que cabe tomar respecto a cada joven en particular, según sus condiciones personales y familiares, siempre con su expresa conformidad.

Sostuvo que el referido proyecto de incorporación progresiva debe ser consensuado por todas las partes responsables de su implementación, flexible y provisional, ya que se ha de lidiar con las restricciones de información disponible en la etapa de diseño y con los consiguientes problemas de articulación del accionar oficial, todo ello, bajo el control del tribunal.

Por otra parte, solicitó que se ordene toda otra medidas que sea conducente para dejar de utilizar los establecimientos de régimen cerrado para albergar menores de 16 años al momento de cometer el ilícito de que se les imputa, como el Instituto “Gral. San Martín”.

Que entre las funciones de control de legalidad, previo a exigir al Poder Ejecutivo vacantes en los Institutos de Menores, está la de no permitir la privación de la libertad de niños y jóvenes no punibles.

En ese contexto, requirió que se ordene a los Jueces de Menores, que dispongan la derivación de todos los expedientes tutelares que involucren a menores de 16 años de edad al cometer el hecho delictivo que se les atribuye, al Consejo de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, órgano administrativo de protección competente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que frente a la imputación de un ilícito a un menor de 16 años, se ordene el cierre de la causa iniciada y se derive el caso a la Defensoría Zonal del referido Consejo, que corresponda según la residencia de la familia del joven involucrado.

Señaló que estos pedidos se enmarcan en la órbita de la competencia específica de la Administración, para el abordaje estatal de la problemática asistencial de los niños y adolescentes, cesando así toda responsabilidad y competencia que pudiera haberle correspondido en lo que concierne a la situación social, al juez penal que hubiera entendido en la causa en que el menor fuera imputado.

Por otro lado, solicitó que se establezca un mecanismo de seguimiento del avance del cumplimiento de las medidas ordenadas, garantizándose el acceso a la información para controlar la ejecución del plan, para que, de tal forma, todas las partes responsables de la implementación del plan puedan rendir cuentas de su ejecución progresiva y así evaluar su cumplimiento.

Finalmente, postuló que se exhorte a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación a adecuar su legislación penal en materia de responsabilidad penal juvenil, a los estándares constitucionales e internacionales.



## *Poder Judicial de la Nación*

Por fin, recalcó que la legitimación de la Fundación Sur Argentina para interponer el presente hábeas corpus se funda en el artículo 43 de la Constitución Nacional y de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado, tal como se desprende de los fallos 320:690, 323:1339; 325:292 y “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, del 18/12/2003; al par que la circunstancia que el referido artículo sólo prevea dicha legitimación colectiva para la acción de amparo, no obsta a tenerla también respecto del hábeas corpus, tal como emerge de la doctrina de los precedentes “Mignone, Emilio s/amparo”, del 9/4/2002 y “Vervitsky, Horacio s/hábeas corpus”, del 30/5/2005, del alto Tribunal.

b) En el marco de la audiencia del día 13 de junio del corriente -fs. 240/240 vta. quedó circunscripto el objeto de la presente acción de hábeas corpus incoada por la Fundación Sur Argentina, y al término de las exposiciones que efectuaron los representantes de cada una de las áreas convocadas, se dispuso la ampliación de la mesa de diálogo y la realización de audiencias sucesivas con el fin de identificar problemáticas, sus posibles soluciones y propuestas, convocándose a los presentes a la audiencia del 26 de junio de 2007.

A fs. 241, de acuerdo al resultado de la discusión previa, el Tribunal resolvió convocar a la Comisión de Menores de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, la Defensoría General de la Nación, la Sra. Defensora Oficial y el Fiscal General actuante ante esta Cámara de Casación, para que se integren a la mesa de diálogo.

c) El 26 de junio del corriente se concretó la segunda de las audiencias designadas, tal como surge a fs. 256/257 vta., a la que asistieron las representaciones congregadas, con quienes se acordó recoger la problemática acompañando documentos para poder intercambiar posiciones, fijando como límite para ello, el 7 de agosto del corriente, al par que se designó a audiencia para el para el 21 del mismo mes y año.

d) El Ministerio Público de la Defensa, efectuó la presentación que luce a fs. 260/300 vta.

Las presentantes consideraron adecuado comunicar su preocupación de antigua data sobre el tema, que desde el paradigma de la protección integral de

los niños, niñas y adolescentes se presenta tanto en materia civil como en la penal.

Manifestaron que las dificultades legislativas, en franca contradicción con las directrices constitucionales, recibieron tratamiento en los expedientes en trámite en la Defensoría General de la Nación (Exptes. DGN N° 967/2006, 1561/2006 Y 746/2007).

Indicaron que es en el ámbito penal donde más se evidencian las transgresiones a derechos y garantías de los niños y las incongruencias del sistema, "...en tanto se 'aleje' el velo de la "situación irregular" y se deje al descubierto la situación conocida como de "fraude de etiquetas"."

Que "...sin esos enunciados, deslegitimados por el paradigma de la protección integral, no es posible explicar los motivos por los que el sistema penal responde, y a veces con más rigor, frente a posibles comisiones de delitos por parte de quienes no resultan imputables, sin encontrar límite en ningún principio garantizador de libertades en un sistema republicano (principio de culpabilidad y/o proporcionalidad, de inocencia, entre otros)."

Refirieron que la "ley 22.278 -modificada por ley 22.803-, tenía fundamento en la derogada ley de patronato 10.903 -Ley Agote-y faculta al juez a "disponer" de la persona del niño o adolescente aplicando medidas tutelares que pueden implicar privación de libertad previa a la sentencia con un margen de objetable discrecionalidad dentro de un Estado de derecho.

Alegaron que el régimen penal de minoridad, en especial, en lo que respecta a la posibilidad de disposición tutelar, ha sido calificado por la doctrina y jurisprudencia como absolutamente contradictorio e incompatible con la normativa constitucional, habiéndose señalado que la aplicación de las normas objetadas constituye una clara violación de los principios de legalidad, de reserva, de inocencia, del interés superior del niño, de la mínima intervención penal, de la garantía del juicio previo, entre otros, consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales con igual jerarquía.

Consideraron que la normativa en crisis no sólo se opone a principios elementales de derecho penal y procesal, sino que tal contradicción se exagera en la confrontación con los principios imperantes en materia de niñez y

## *Poder Judicial de la Nación*

adolescencia, motivo por el cual se ha concluido que "el sistema que se aplica en Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal, ya que no protege sino castiga, y lo hace sin garantías ni derechos".

Manifestaron que el criterio respetuoso de la normativa constitucional ha sido escogido, por ejemplo, por la Sala Primera de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la Causa N° 39.520 "Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O.S. s/ expediente tutelar" -Registro N: 1344, del 6 de diciembre de 2006, en la que se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 1° de la Ley 22.278, en cuanto atañe a sus párrafos 2°, 3° y 4° y la del art. 412 del Código Procesal Penal de la Nación, párrafos 2° y 3°, mandando devolver las actuaciones a primera instancia para que se de intervención al órgano administrativo correspondiente en orden a la situación de vulneración de derechos de los niños involucrados.

Que en el mismo sentido se ha orientado la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa "Famoso, Elizabeth y otro", en la resolución de fecha 17/3/04, en la que el tribunal tuvo intervenciones anteriores dado que el Juzgado de Menores había ordenado disponer provisoriamente de un menor de 16 años, luego de decretar su procesamiento.

Relataron que en la primera actuación, la Cámara ordenó a la jueza interviniente que fundamentara la medida adoptada para posteriormente declararla nula y recién luego de ello confirmó parcialmente lo decidido en la nueva resolución en la que se había dispuesto provisoriamente del joven pero se le fijó a la internación un plazo perentorio de 30 días, dentro del que se lo debería colocar en el hogar de su familia ampliada o sustituta.

Que en ese pronunciamiento, también se consideraron inconstitucionales las disposiciones de los arts. 2 y 3 de la Ley 22.278 y 412 párr 2° del Código Procesal Penal de la Nación.

Por otra parte, agregaron que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "M., D. E", resuelto el 7/12/05 (Fallos, 328:4343), ha efectuado varias precisiones acerca del sistema previsto por la ley 22.278, respecto del cual, tras señalar que reconoce un gran poder al juez de menores, critica diferentes

aspectos, como que nunca se distinguió entre el niño imputado de un delito y el desamparado o víctima; que se ha manejado con eufemismos al considerar, por ejemplo como "dispuestos", "internados", "reeducados" o "sujetos a medidas tutelares" a niños que materialmente eran sometidos a encierro; que a partir del paradigma conocido como de la "situación irregular" -en contra del cual se pronunciaron la Corte Suprema de los EEUU, distintas instancias internacionales y los legisladores nacionales, que dictaron la ley 26.061, de "Protección Integral los Niños, Niñas y Adolescentes", se remarcó que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos y con derechos especiales, derivados de su condición, cuyo reconocimiento constituye un imperativo jurídico, configurando el sistema jurídico de justicia penal juvenil la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Que en el precedente R.M.,J.L., resuelto el 31/10/2006, el alto Tribunal "...hizo lugar a la queja interpuesta por la defensa del imputado en el entendimiento de que en el recurso de casación la recurrente había introducido razonadamente planteos serios y oportunos en relación con la suspensión del juicio a prueba y su aplicabilidad a la situación especial de los menores de edad que el a quo omitió considerar, pese a que eran susceptibles de incidir en la decisión final a adoptarse". Por este motivo, "más allá del tema puntual sobre el cual la Corte intervino y resolvió en este caso, es posible extraer de este breve fallo una advertencia vinculada a que la normativa de jerarquía constitucional de la infancia y adolescencia -como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño- no puede ser soslayada a la hora de resolver la situación de una persona menor de edad...".-

Alegaron que la nueva ley 26.061 implicó un cambio de enfoque de la problemática de los niños, en relación con la vieja legislación represiva que se presentaba con el eufemismo de "ley protectora de los jóvenes", tal como lo era la derogada ley 10.903 cuyo modelo de intervención del estado, plasmaba lo que en doctrina se conoce como "situación irregular", en cuyo marco los institutos y

## *Poder Judicial de la Nación*

reformatorios, además de transgredir los derechos básicos de los niños según la normativa internacional imperante, han sido señalados tradicionalmente como verdaderas escuelas del delito.

Que tales fueron las consecuencias de una justicia actuando como ejecutora de política asistencial, función incompatible con lo jurisdiccional y con la lógica de las "políticas públicas".

Que como contrapartida, se ha erigido el actual paradigma de la protección integral y el modelo de responsabilidad, que ofrecen un panorama protector de los niños, ya que la única manera real de tutelarlos es admitiendo que tienen derechos que ellos pueden invocar para tener por delante una mejor vida.

Así, afirmaron que las potestades en el ámbito del derecho civil, les sirven para reclamar, entre tantas cosas, el derecho a ser oídos en todas las cuestiones que puedan afectarlos, en tanto que los derechos en el ámbito de un proceso penal seguido en contra de un joven, le proporcionan medios para lograr el respeto a su derecho a tener un defensor, a permanecer libre mientras no se pruebe que ha cometido un delito, a producir pruebas de descargo, a recurrir resoluciones desfavorables, entre otros.

Refirieron que no obstante ello, el sistema del "modelo tutelar" no se agotó con la derogación de la ley 10.903, sino que aún funciona en armonía con el actual régimen creado por el Decreto-Ley 22.278, de manera que existe la facultad de los jueces de disponer de los menores e internarlos por plazos mucho más extensos que los hoy permitidos para la prisión preventiva de los adultos, sin posibilidad de reclamar al Estado el respeto a la presunción de inocencia, transgrediéndose, claras directrices internacionales que establecen que toda situación en la que el niño pierda su libertad ambulatoria, sin poder salir de un lugar por propia voluntad, constituye una pena privativa de la libertad.

En ese sentido, manifestaron que aún se continúa con un "modelo tutelar" en nuestra legislación penal, y que debe lucharse por su modificación por un sistema de responsabilidad penal, que tome en cuenta la especificidad de la adolescencia, y tal especialidad, lejos de justificar más intervención penal obliga a su reducción según el plexo normativo imperante.

Particularmente, resaltaron que es fundamental el concepto de "interés superior del niño" especificado por el artículo 3 de la Ley 26.061, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías.-

Que todas las alternativas, no sólo las tendentes a disminuir al máximo posible la privación de la libertad, sino también aquellas dirigidas a los mismos efectos contra el enjuiciamiento responden a la necesidad de adecuar la legislación penal a un derecho penal mínimo, con el fin de reducir el alcance de un sistema de escasos logros y de consecuencias perniciosas.-

Que la exigencia de reducción de la intervención penal en cantidad e intensidad no sólo responde a los requerimientos generales de la normativa internacional, sino, especialmente, también a aquellos previstos desde la "especialidad" de la niñez, pues ello responde al interés superior del niño.

Refirieron que la propuesta de detección de las normas contrarias al paradigma de la Protección Integral, para decidir su no aplicación, se encuentra reforzada por la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se sostuvo que la falta de adecuación de la legislación inferior a los principios que se desprenden de la normativa internacional no puede ser invocada como excusa para dejar de proteger los derechos y garantías de los menores en el sistema penal juvenil, de manera que "... resulta necesario hacer aplicación de las normas que conforman este sistema constitucional en la práctica judicial, mediante una suerte de entretejimiento, con base en el deslinde de qué normas secundarias deben ser entendidas como derogadas y cuáles requieren ser interpretadas en un sentido distinto al tradicional."

Afirmaron que según nuestras bases constitucionales y directrices internacionales, la única manera de justificar la limitación de la libertad individual durante el trámite del proceso penal, es a título cautelar, por tanto su aplicación debe ser excepcional y de carácter instrumental, como medio para asegurar los fines del proceso, y en el caso de los niños jóvenes, en su indiscutible condición de sujetos de derecho, deben respetarse todas las garantías y presupuestos que se exigen en el proceso penal.

Señalaron que el problema se da con relación a los menores de 16 años -no punibles- al no existir posibilidad de imposición de una pena como resultado de

## *Poder Judicial de la Nación*

procesos seguidos en su contra, y carecería de sentido la aplicación de una medida cautelar pues el trámite de los procesos estaría destinado a finalizar con el dictado de un archivo o sobreseimiento.-

Que si estos principios se reconocen como de necesaria aplicación en el caso del juzgamiento de personas adultas, deben asumirse también para los niños, pues sería ilegítimo ubicarlos en una situación más perjudicial “...bajo el ropaje de la ‘peligrosidad’ ...”.

Por ello, manifestaron que la internación dentro del proceso penal de niños inimputables so pretexto de desamparo, es típica de la situación irregular y contraria al paradigma de la protección integral, y que la desprotección en que pudieran encontrarse estos niños por la vulneración de sus derechos debe ser atendida según los lineamientos y espíritu de la Ley 26.061, porque, de los dos supuestos diferenciados: niño en conflicto con la ley penal y niño en situación de desamparo, nos encontramos dentro del segundo.

Además, enfatizaron “...la necesidad de que esa problemática sea tratada desde los organismos administrativos adecuados o competentes con intervención de la justicia civil en caso de ser necesario (medidas excepcionales o de separación forzosa del niño de su familia nuclear o ampliada, si bien son adoptadas por la administración requieren de la declaración de su legalidad por parte del juez de familia y su control judicial) a los efectos de que el proceder sea realizado de conformidad con el paradigma de la protección integral.”.

Por otro lado, advirtieron sobre “...la prudencia que deberá procurarse con respecto al criterio de subsistencia de las medidas de cautela en los procedimientos..., para el caso que se entiendan pertinentes -y por el menor tiempo posible-.En este sentido, deberán atenderse, por lo menos, tres imperativos: el interés superior del niño (art. 3 y art. 5 de la Ley 26.061), el principio de no discriminación y la conciencia de que la "protección de persona", utilizada de manera desproporcionada, significó el principal instrumento mediante el cual el Estado ha ejercido la potestad tutelar en sede civil judicializando cuestiones sociales (imperando especialmente y casi con exclusividad en los ámbitos de mayor vulnerabilidad económico-social siendo la

institucionalización y/ o separación de su familia de origen una medida adoptada de manera regular)”.

Pusieron de manifiesto que la nueva normativa se orienta a legitimar la intervención coactiva exclusivamente en casos realmente urgentes (cuando la intervención satisfaga más derechos de los que restrinja), y que a su vez, esta situación no impide tomar inmediatamente algunos recaudos como ser el derecho del niño a ser oído, a fin de acreditar la necesidad de la medida, para garantizar de manera efectiva los derechos de las personas menores de edad.

Que todo ello debe conglobarse con la obligación de privilegiar el derecho del niño a permanecer con su familia ampliada (art. 5 CDN) y la necesidad de límites temporales de las medidas, ya que por la especialidad de la materia, también debe proyectarse en las cuestiones relativas a las medidas cautelares.-

Destacaron en ese sentido que “...debería atenderse también al orden de actuación establecido por la Ley N° 26.061 ante una situación de amenaza o violación de derechos de los niños y adolescentes (medidas de protección integral de derechos asumidas por el órgano administrativo competente local - con todos los límites legales impuestos- y medidas excepcionales de ultima ratio y con control judicial-).”

Afirmaron que “... en la definición de alcance de las disposiciones de la nueva normativa, debe considerarse especialmente la exigencia de ausencia de discriminación por la condición de niñez -o por su pobreza- y el aseguramiento de un estándar mínimo de derechos y garantías establecido por aquellos reconocidos a los adultos (art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto deslegitima una mayor intervención estatal fundada en la condición de niñez).”

Las presentantes entendieron que “...sostener hoy un régimen que permita el alejamiento de estos niños de su medio familiar sin que se cumpla a su respecto con las exigencias que impone la Ley 26.061 y ante la sola decisión del juez penal interviniente, sería caer en un proceder discriminatorio contra ellos, toda vez que sin razón alguna se procede de modo diferente y perjudicial en comparación con la situación de aquellos niños que no fueron sospechados de haber incurrido en conductas ilícitas. Ello porque eventualmente presentan igual



## *Poder Judicial de la Nación*

situación de desamparo y condición de víctimas de un Estado ausente en su rol garantizador de derechos sociales. Todo ello sin perjuicio de establecer la importancia y necesidad imperiosa de contar con una estructura administrativa dotada de los recursos necesarios y suficientes...”.

Que, a su vez, en conclusión, un niño inimputable es ajeno al ámbito penal; puede eventualmente tratarse de un niño en situación de desamparo; si se advirtiera una posible vulneración actual o inminente de sus derechos, correspondería dar intervención al órgano administrativo correspondiente (para el caso en análisis el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); si se tratara de una medida excepcional, deberá ser puesta en conocimiento del juez de familia, quien deberá expedirse respecto de la legalidad de la medida y luego ejercer su control judicial; toda medida de este tenor debe respetar los límites y requisitos impuestos por la Ley 26.061; enfatizar la prudencia que debe observarse con respecto a las medidas cautelares en tanto imperativo de la protección integral y de evitar la repetición de viejas prácticas.

Que en los supuestos de niños desamparados debe evitarse la judicialización y la intervención del juez penal estatuida para actuaciones radicalmente opuestas y contraproducentes con respecto a la problemática del niño inimputable.

Por último, afirmaron que la prisión preventiva en tanto medida cautelar es sólo instrumental y no un fin en si misma, y que en los supuestos en estudio (niños inimputables) irracional o sin sentido, ya que su finalidad de asegurar los fines del proceso se desvanece frente a la circunstancia de que su resultado será indefectiblemente el archivo o el sobreseimiento.-

e) La Comisión de Minoridad y Familia de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional acompañó las conclusiones que lucen a fs. 307/309 vta.

Respecto de la cuestión planteada, manifestaron que en el orden Nacional rige la Ley 22.278 como ley especial de aplicación respecto de los menores de edad entre los 16 y 18 años, sometidos a proceso por las leyes penales, y que han sido muchos los proyectos de modificación de tal régimen que fracasaron por

distintas razones, por lo que en la actualidad el Congreso Nacional esta en deuda en esta materia y específicamente con la necesidad de adecuar el régimen penal juvenil a las corrientes mas modernas ya dictadas en otros países, que revisaron su legislación para ajustarla del mejor modo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por nuestro país por ley 23.849 e incorporada por la reforma del año 1.994 al bloque de constitucionalidad.

Aclararon que el sistema penal juvenil que rige actualmente en los juzgados de menores, los tribunales orales de menores, los juzgados nacionales en lo criminal y correccional federal y los tribunales orales en lo criminal y correccional federal necesariamente se completa con las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, como se dijera, resultan de imposición obligatoria.

Argumentaron acerca de la clásica discusión generada en ámbitos académicos y judiciales, sobre la vigencia de la ley 22.278 como sistema aplicable a los jóvenes imputados de haber cometido un delito, y las posturas críticas al sistema penal juvenil, no obstante, en su opinión, las divergencias con el modelo responden más a razones ideológicas o de política criminal o social, que a fundamentos de carácter jurídico, pues no se advierte colisión entre el sistema impuesto por la ley 22.278 y el que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entendieron que aquellas disposiciones que resultaran frontalmente opuestas a los principios establecidos en la Convención caerían indefectiblemente pues la ley 22.278, pese a ser una ley especial, no podría oponerse a la Constitución Nacional por una simple razón de jerarquía normativa.

Que por lo tanto, la discusión se centra en la judicialización o no de ciertas conductas presumiblemente constitutivas de delito, cuando el autor o autora de ellas no ha alcanzado los 16 años de edad, y qué organismo -judicial o administrativo- tomará las decisiones respecto de quienes se predica han violado la ley penal y, respetando sus derechos y garantías, procederá a efectuar la necesaria investigación para determinar el grado de responsabilidad que le cupo en el suceso y la afectación de otras personas en el mismo.

## *Poder Judicial de la Nación*

En su opinión, el punto a discutir es de estricto resorte político y merecedor de un intenso debate legislativo que aún no se ha producido, y en tanto ello no ocurra los jueces deben ser respetuosos de las disposiciones de la ley 22.278, pues no se advierte que sus normas atenten contra los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; agregando que en auxilio de la garantía de un proceso justo al que se someta a un menor de edad, resultan plenamente operativas las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación.

Manifestaron que no basta para descalificar la ley 22.278, el haber sido sancionada en pleno régimen de dictadura militar, y que sin duda, conviene analizarla en aquellos aspectos que podrían resultar más beneficiosos respecto de la situación del joven sujeto al proceso penal y a sus perspectivas futuras de reinserción social y abandono de las conductas que lo llevaron a aquella situación.

Refirieron que en los últimos quince años, el sistema judicial penal juvenil ha morigerado ostensiblemente la rigidez propia que informaba a la doctrina de la "situación irregular", imperante en el siglo pasado y cuyo ejemplo más elocuente fue la Ley de Patronato, 10.903, derogada por la Ley 26.061.

Consideraron que esta última, más allá de algunas disposiciones de discutible eficacia en la práctica, contiene las normas necesarias que garantizan la protección integral al niño que la requiera, descansando la total responsabilidad para prestar esa protección en los órganos políticos y administrativos de la Nación, habiendo desaparecido las razones que pudieran justificar la intervención judicial y el posible encierro de un niño por circunstancias penales, familiares o sociales.-

Estimaron que en el régimen establecido por la ley 22.278, no resulta inconstitucional la facultad que se otorga a los jueces de menores, de disponer tutelarmente de modo provisorio a un niño o joven a quien se le impute la comisión de un delito, facultad que autorizaría eventualmente, a privarlo de la libertad ambulatoria, decisión que solo debe tomarse como último recurso y por el más breve tiempo que proceda, cuando la situación por la que atravésare fuere

especialmente grave y comprometiére su vida, su salud psicofísica y, de modo integral, el goce de sus derechos o aún, de alguno de ellos.

Añadieron que con la invalidez constitucional de la ley 22.278 se vincula la solución que el texto legal da para el caso que resulte necesario imponer una pena al menor condenado. En ese sentido, refirieron que la finalidad del artículo 4° de la citada norma es lograr la recuperación social del menor que ha delinquirido y no arribar a una sanción, como resultado del seguimiento de su conducta durante el proceso, siendo claro el texto en cuanto a los requisitos estrictos para arribar a la necesidad de una sanción, o por el contrario, la absolución o una pena reducida; que tal elaboración "...no se reduce, solamente, a interpretar como "beneficios" a otorgar por el Tribunal cuando decida alguna de estas dos últimas alternativas, sino que impone un conocimiento cabal, extenso e intenso, de las circunstancias personales, familiares y sociales que vincularon al joven con el delito en un momento de desarrollo de su personalidad -de cambios profundos esperables- y la persistencia en los desajustes de su conducta o bien, la atenuación de aquella conducta refractaria que lo llevara a delinquir.

Afirmaron que la labor que realizan cotidianamente los magistrados que atienden el delito juvenil, exige un cuidadoso examen de la situación de cada niño o joven sometido a proceso, y un respeto irrestricto a sus derechos y a las garantías de un debido proceso, cuestión que está mas allá de que ese menor imputado por la comisión de un delito resulte, a la postre, punible.

Por ultimo, destacaron que al pronunciarse la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Maldonado", el 7/12/2005 -Fallos 3284: 4343- en un tema vinculado a la imposición de la sanción perpetua a un menor de dieciocho años, nada dijo acerca de la contradicción de la ley 22.278 con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y de haber estimado que ello era así, seguramente habría merecido del alto Tribunal un expreso pronunciamiento descalificador.

Por todo lo expuesto, concluyeron que la ley 22. 278 es constitucional, esperando que el Congreso Nacional se pronuncie sobre un nuevo régimen penal juvenil acorde a los cambios que la legislación internacional impulsa.

## *Poder Judicial de la Nación*

f) Por su parte, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, acompañó el documento que luce a fs. 312/326.

Asimismo, recalcaron que el objeto del presente proceso remite indefectiblemente a un debate doctrinario sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de diferentes preceptos que forman parte del contenido del Decreto-Ley N° 22.278 y sus modificatorias, prescripciones en las que se han justificado, desde el punto de vista normativo, las resoluciones de privación de libertad de adolescentes, cuya ilegitimidad se requiere.

En ese marco, los presentantes solicitaron que se declaren ilegítimas las resoluciones judiciales por las que se encontraban privados de su libertad en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, al momento de interponerse la acción de hábeas corpus, los adolescentes presuntamente autores de hechos delictivos, que habrían cometido teniendo esos jóvenes menores de 16 años de edad, y que paralelamente se inste al Poder Ejecutivo Nacional y al de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar un progresivo plan de liberación de dichos adolescentes, incorporándolos al sistema de protección integral de derechos regulado por la Ley N° 26.061.

En el aspecto atinente a las medidas privativas de la libertad, sistema de ingresos y egresos a institutos y la requisitoria de un plan progresivo de liberación, aclararon que de la Secretaría que representan dependen administrativamente diferentes establecimientos en los que se aloja a adolescentes privados de su libertad y desde la experiencia de esa gestión señalaron algunos elementos que consideran pueden resultar ilustrativos.

En ese sentido, explicaron que los ingresos de los jóvenes de entre 13 y 20 años de edad a institutos de régimen cerrado, se producen exclusivamente por motivo de una orden emanada de una autoridad judicial competente, generalmente en el marco de un expediente de "disposición tutelar", no teniendo conocimiento la autoridad administrativa encargada de la custodia cuál es, en cada caso, el fundamento que determinó la adopción de la medida privativa de libertad.

Es decir que, quien tiene a su cargo la implementación de la medida generalmente desconoce si ella persigue asegurar los fines de un proceso penal,

si tiene una finalidad sancionatoria o si se la adopta con el fin de restablecer algún derecho del adolescente que se encuentre vulnerado.-

Que pese aquél desconocimiento, afirmaron que la dependencia cuenta con indicadores que les permiten concluir que, en la mayoría de los casos, los menores de 16 años de edad que son derivados por orden judicial a los institutos "Gral. José de San Martín" y "Ursula Llona de Inschausti", dependientes de la Secretaría suelen presentar situaciones de graves vulneraciones de sus derechos, como el consumo de sustancias psicoactivas, con severos perjuicios para su salud, alejamiento del sistema educativo, carencia de cuidados familiares, persistentes "situaciones de calle", entre otras.-

En cuanto al tiempo promedio de duración de las medidas privativas de la libertad adoptadas respecto de menores de 16 años de edad que regularmente son alojados en los institutos "Gral. José de San Martín" y "Ursula Llona de Inchausti" - debe tenerse presente que "... de los adolescentes que, al momento de la presentación del hábeas corpus, se encontraban privados de su libertad, uno -que estaría involucrado en la comisión de un homicidio- ha permanecido en esa situación ininterrumpidamente hasta la fecha, dado que el resto egresó del dispositivo. Algunos de ellos tuvieron posteriores reingresos" y que el promedio de permanencia de los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años de edad que ingresan a los referidos institutos es inferior dos meses.-

Entendieron necesario manifestar que la requisitoria relacionada con el plan progresivo de liberación podría no estar dando cuenta de los modos en que realmente funciona, al menos en la Ciudad de Buenos Aires, la Justicia de Menores, ya que no se está frente a un universo de población estable que permanece largamente privado de su libertad, sin ser liberado, en tanto lo que efectivamente sucede es que, mensualmente decenas de adolescentes que no han cumplido los 16 años, son derivados por los magistrados competentes a los institutos mencionados, para luego ordenarse progresivamente sus solturas, generalmente acompañadas por medidas de naturaleza protectora.

Sintetizaron entonces que el problema no radica en la "progresividad" de las solturas, sino en la continuidad de los ingresos, que son los que determinan

## *Poder Judicial de la Nación*

que regularmente exista un conjunto de adolescentes menores de 16 años privados de su libertad.

En otro orden de ideas, manifestaron que, como anticiparan en las dos audiencias celebradas, el cuestionamiento sobre la constitucionalidad de las medidas de privación de libertad de personas menores de edad, sustentadas en la ley 22.278, no debería limitarse a los menores de 16 años, aunque en dicha franja la colisión entre la normativa citada y el imperativo constitucional se ponga en evidencia con mayor claridad.

Refirieron que de los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 22.278, se desprende que toda medida privativa de la libertad en el proceso penal de menores tiene una naturaleza jurídica tutelar o protectora, en ningún caso, persigue asegurar los fines de dicho proceso, como sucede con el régimen que se aplica a los mayores de 18 años.

Que para la determinación de la privación de libertad, el hecho delictivo supuestamente cometido no es un elemento determinante, pudiendo las condiciones personales y familiares del joven tener una mayor relevancia.

A su vez, el juez tiene facultades ampliamente discrecionales, pudiendo disponer medidas que no se encuentran legalmente reguladas, sin determinación de plazos ni modalidades de ejecución.

Que la normativa colisiona abiertamente con nuestra Constitución Nacional, en tanto admite el dictado de medidas privativas de la libertad respecto de personas menores de 18 años, sin reconocer a esos sujetos las garantías que la Carta Magna establece para con los mayores de edad (art. 18), bajo una pretendida protección, se soslaya los principios de legalidad y reserva, las garantías del debido proceso y la defensa en juicio y el estado de inocencia, así como las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto niega a los adolescentes su condición de sujetos de derecho, ignorándose el principio del interés superior del niño.

Afirmaron que la tensión entre las normas constitucionales y las que son objeto de impugnación se patentiza mayormente con la vigencia de la Ley 26.061 que, alineada a la Convención sobre los Derechos del Niño, demanda la distinción entre las intervenciones para restablecer derechos de niños, niñas o

adolescentes que se encuentran vulnerados, de otra de naturaleza punitiva o sancionatoria.

En cuanto a las medidas de protección de derechos, refirieron que la experiencia les enseña que se trata mayoritariamente de adolescentes que tienen algún o algunos derechos severamente vulnerados, considerando en ese sentido que la circunstancia de que sea un juez de menores y no un juez de familia o un funcionario del poder administrador- quien tome conocimiento de esa situación, por la posible comisión de un delito, no impide que sean de aplicación las previsiones contenidas en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes 26.061.

Ello así, pues la norma "...ha rediseñado los roles y competencias del poder administrador y el poder judicial, enfatizando que el primero de los poderes debe asumir plenamente la responsabilidad en el diseño e implementación de políticas públicas -entre ellas la de protección de derechos de la infancia y la adolescencia-, mientras que los magistrados deben desarrollar una labor de índole técnica, enderezada a la resolución de asuntos de naturaleza jurisdiccional y de control de legalidad de las medidas que, para proteger o restablecer derechos, debe adoptar el ejecutivo. Asimismo, la citada norma ha delimitado las competencias del poder ejecutivo, distinguiendo las labores propias de la administración nacional de aquellas otras que son de competencia provincial o local."

De acuerdo al art. 33 de la ley 26.061, "...se prevé que *"ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados... el órgano administrativo competente local"* es quien tiene el deber de adoptar una *"medida de protección integral de derechos... con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias"*. Asimismo, en el art. 39 se prevén las *"medidas excepcionales"*, que son las que se adoptan *"cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio"*. De acuerdo al art. 40, es la autoridad administrativa local quien adopta este tipo de medidas, aunque a diferencia de las medidas del art. 33 las de naturaleza excepcional están



## *Poder Judicial de la Nación*

sometidas al control de legalidad por parte de "la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción"."-

Que concordante con ello, el art. 30 de la ley mencionada prevé que *"todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local"* y que la situación del Juez de Menores está comprendida en esa previsión normativa; en definitiva, "... cualquiera sea la edad de la persona menor de edad que aparezca como imputada de delito en causa que tramite por ante el Tribunal a su cargo, si lo que motiva la necesidad de adoptar una medida es una situación de amenaza o vulneración de derechos, el magistrado debe dar inmediata intervención al órgano administrativo local encargado de la protección".

En ese contexto, manifestaron que en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esa autoridad es el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad; y en el de adolescentes domiciliados en la Provincia de Buenos Aires, los Servicios Locales de Protección de Derechos.

En resumen, los presentantes afirmaron que el régimen penal de la minoridad establecido por ley 22.278, ha devenido inconstitucional en múltiples aspectos desde la ratificación, por parte de la República Argentina, de la Convención sobre los Derechos del Niño y su posterior incorporación al texto constitucional en el año 1994; la sanción de la ley 26.061 ha evidenciado mas ese contraste entre los preceptos constitucionales y la normativa de inferior jerarquía; el sustento jurídico de las medidas de privación de libertad de las personas menores de 18 años, que el régimen legal sólo habilita con propósito protectorio o tutelar, es la faceta de la ley que más confronta con los principios y garantías constitucionales, siendo particularmente grave la situación de quienes tienen menos de 16 años, ya que ni siquiera están sometidos a un verdadero proceso penal; que sólo será posible un abordaje de los adolescentes infractores dando cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante una reforma integral de la ley sustantiva, derogando el régimen cuestionado e instaurando un sistema de responsabilidad penal juvenil respetuoso de nuestra

Constitución Nacional; en aquellos casos en que un Juez con competencia penal respecto de ilícitos cometidos por personas menores de 18 años de edad advierta una situación de amenaza o vulneración de derechos respecto de la persona imputada, deberá poner dicha situación en conocimiento de la autoridad administrativa local de protección de derechos, a fin de que adopte las medidas pertinentes, dando cumplimiento a las previsiones de la Ley 26.061.

g) Por último, el Consejo de los Derechos de niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, presentó el escrito obrante a fs. 327/331. Allí, manifestaron que el sistema penal de la minoridad previsto por la ley 22.278 tiene en su contenido cuestiones del tratamiento tutelar inspiradas en la derogada ley 10.903, de Patronato de Menores, destacando que cuando el menor comete un delito, la secretaría tutelar del Juzgado de Menores lo dispone tutelarmente.

Entendieron que la disposición tutelar del juez es una medida netamente discrecional y está regida por las viejas concepciones del Patronato, tomando a los niños y adolescentes como objetos de protección y no como sujetos de derecho como lo marca la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño incorporada a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22).

A ello sumaron, que el legajo tutelar se rige por el Reglamento para la Jurisdicción Nacional, siendo su trámite secreto, no disponible para las partes, en abierta violación a las previsiones de la normativa internacional.

Recalaron que es importante tener en cuenta que los menores de 16 años que cometan un delito no son punibles, pudiendo quedar dispuestos tutelarmente, a diferencia de aquellos infractores a la ley penal que tengan entre 16 y dieciocho, que serán sometidos a proceso y eventualmente sancionados, aunque también dispuestos tutelarmente.

Resaltaron que en ambos supuestos, según la discrecionalidad judicial y en virtud de la disposición tutelar, los menores son alojados en un instituto de menores, es decir, son privados de su libertad, y los magistrados intervinientes toman la medida como modo de protección, cuando en rigor se los castiga o pena, con una suerte de prisión preventiva.

## *Poder Judicial de la Nación*

Estimaron que en el caso de las internaciones, la Convención Internacional de los Derechos del Niño las plantea como medidas de último recurso, sin embargo se las aplica en muchos casos como primera y única alternativa.

Por todo lo expuesto, consideraron que es evidente la necesidad de derogar la ley penal de menores, por ser notoriamente violatoria de la Constitución Nacional y las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del niño y otros tratados y normas internacionales, debiendo debatirse un nuevo régimen de responsabilidad penal juvenil, que deberá contener las garantías del debido proceso, donde el adolescente infractor responda por un reproche jurídico en razón de su conducta ilícita, con penas alternativas a las medidas privativas de la libertad, que sólo podrán tenerse en cuenta para hechos graves, por el tiempo más breve posible y tendiente a la reintegración social.

g) Según se dejó constancia a fs. 332/333, el 21 de agosto del corriente se celebró la última de las audiencias convocadas por el Tribunal, y finalizadas las discusiones, se tuvo por concluida la mesa de diálogo, pasando el Tribunal a deliberar.

### **CUARTO:**

Corresponde analizar, liminarmente, la procedencia del hábeas corpus de carácter colectivo presentado por la Fundación Sur con sustento en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.-

Que tal como surge del escrito obrante a fs. 1/10 vta., la vía elegida reconoce fundamento en la necesidad de amparar a todas las personas que, por hechos delictivos presuntamente cometidos antes de cumplir 16 años de edad, se encuentran privadas de su libertad, ilegítimamente según la entidad presentante, en virtud de resoluciones judiciales emitidas por los Jueces Nacionales de Menores en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como las que se alojan en el Instituto Gral. José de San Martín y otras instituciones similares, es decir, de régimen cerrado.

No se encuentra controvertido que estas medidas importan en sí mismas una restricción a la libertad, pues al respecto ya se pronunció esta Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario n° 12 “Clavijo Farías s/recurso de

inaplicabilidad de ley”, del 29/6/2006, en el que resolvió declarar como doctrina plenaria que corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley 22.278), al entender que la internación en una institución de régimen cerrado de uno de los sujetos que la Convención sobre los Derechos del Niño ampara, ordenada por un Juez Penal, cualquiera sea el nombre que quiera darse a la medida y/o la naturaleza de la institución, de la que no pueda salir por su propia voluntad, es, ontológicamente, como la prisión preventiva, una medida privativa de la libertad impuesta por la autoridad judicial frente a infracciones a la ley penal que se dicen cometidas por el menor relativamente inimputable.

Despejado ese punto, debe precisarse que, como afirma el recurrente, la vía incoada aparece como la única alternativa, ante la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de otros remedios idóneos para la custodia de los derechos fundamentales -en el caso la libertad ambulatoria- de carácter colectivo como los que aquí se pretende resguardar, invocando el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Hace ya tiempo el alto Tribunal, en armonía con las prescripciones internacionales sobre derechos humanos que adquirieron raigambre constitucional mediante su incorporación a la Carta Magna, con la reforma acaecida en el año 1994, sostuvo en autos “Girolodi, Horacio David y otros/recurso de casación” -causa n° 32/93, del 7/4/1995 que “...la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -“Excepciones al

## *Poder Judicial de la Nación*

agotamiento de los recursos internos”- párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (id., párrafo 23).” (Cfr. Considerando 12).

Por otra parte, el alcance de la cláusula constitucional, ya ha sido zanjado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse en los autos “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, donde resolvió que “Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *hábeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose se pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.” (cfr. Considerando 16).

Que “...debido a la condición de sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen iuris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros.” (cfr. Considerando 17).-

Dichas pautas deben ser especialmente atendidas en el particular, en atención a que el objeto de la acción está constreñido al análisis de la legitimidad de la situación jurídica en la que se hallan los niños y niñas imputados de la comisión de delitos antes de cumplir 16 años de edad, privados de la libertad en los institutos destinados a tal fin, y en ese sentido debe recordarse que “...el niño tiene una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica, de modo que, ante un conflicto como ocurre en la especie, el interés moral y material de los niños debe tener una relevante

prioridad sobre cualquier otra ponderación que implique de manera alguna conculcar el acceso a la jurisdicción por parte de aquellos, toda vez que éste es un deber que el Estado debe garantizar a través de sus órganos competentes - Conf. Artículo 12, punto 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos Q.21.XXXVII, Recurso de Hecho. “Quiroz, Milton Julio y otros c/Caporaletti, Juan y otros.”, rta. el 1/6/2004.-

### **QUINTO:**

Expuesto ello, corresponde analizar, en primer lugar la constitucionalidad del artículo 1 de la ley 22.2278.

I. El mencionado artículo, en lo que aquí interesa, establece que *“No es punible el menor que no haya cumplido 16 (16) años de edad....Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutores o guardador.”*, Por su parte, el art. 3 último párrafo, establece *“La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.”*.

El agravio esgrimido por el recurrente se circunscribe a la situación que atraviesan los menores de 16 años (no punibles) que ante la sospecha de comisión de un delito, en función de la normativa reseñada, continúan bajo un control tutelar que, en determinados casos, implica un encierro.

De tal modo, corresponde analizar si la respuesta que el Estado brinda para estos supuestos, a través de la ley 22.278, resulta acorde a los principios constitucionales que rigen en la materia.

## *Poder Judicial de la Nación*

Como es sabido, el sistema que establece la mencionada ley es el denominado “régimen tutelar”, que ha recibido fuertes críticas a la luz de la Constitución Nacional, en lo que se refiere a la “situación irregular” a la que se enfrentan los menores durante el tiempo en que se encuentran sometidos a aquél instituto.

A partir de 1994, la Convención sobre los Derechos del Niño integra la Constitución Nacional constituyendo el marco mínimo de reconocimientos y respeto a los derechos de los niños, en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado.

Es así que “(e)sta Convención junto con otros instrumentos internacionales específicos (*Las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil -Reglas de Beijing-, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil -directrices de Riad-*), constituye un cambio en la materia que ha sido caracterizado como el pasaje de la consideración del menor objeto de tutela, propio del modelo de ‘situación irregular’ imperante en los países latinoamericanos hasta fines de la década del 80(...), al reconocimiento del niño y del joven como sujetos de derechos” (Beloff, Mary; Mestres, José Luis: *Los recursos en el ámbito de la justicia de menores* en AA.VV. “Los recursos en el procedimiento penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 177. También en Beloff, Mary: *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina* en AA.VV. “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Temis/ Depalma, Santa Fe de Bogota/ Buenos Aires, 1998, p. 87 y 91; y Gandur, Antonio *Actividad del Poder Judicial Frente a los adolescentes en conflicto con la ley penal*, La Ley actualidad, 22 de noviembre de 2007).

En este sentido, al producirse un cambio de paradigma en lo que se refiere a la relación del Estado con los menores, ello tiene incidencia directa sobre los restantes ordenamientos legales que a la fecha no han sido derogados o modificados.

Dentro de esta última categoría, se encuentra la ley 22.278, que *-pese a los insistentes reclamos de adaptar aquella legislación a las nuevas exigencias*

*constitucionales, tal como lo vengo sostenido desde el precedente “Cáceres, Laura Dalia s/ recurso de casación”, rta. 17/8/06, causa 6603 registro nro. 891/06”- aún sigue vigente, lo que ha generado que desde el Poder Judicial se realicen distintos esfuerzos interpretativos para salvar su constitucionalidad y tener, aunque sea mínimamente, un marco legal que regule el sistema penal de menores.*

Como es sabido, la vigencia del régimen tutelar de la ley 22.278 posee su fundamento legal en la denominada “Ley Agote” (nro. 10.903), que al ser derogada por la ley 26.061 y receptor los principios constitucionales que rigen en la materia, impulsa una reestructuración -teórica y material- del sistema integral de protección de los derechos de los menores, que nos obliga examinar la constitucionalidad pretendida por el recurrente.

Como lo sostienen Famá y Herrera, en el sistema del régimen tutelar, la doctrina de la situación irregular refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX que justificaron la intervención estatal coactiva frente a la infracción de la ley penal por parte de los “menores” considerados “peligrosos”, con miras a su tratamiento y resocialización. El eje central del sistema -cuya máxima expresión en nuestro país ha sido la ley 10.903 y la ley 22.278-, es la disposición del “menor” como “objeto” de tutela del Estado a través del Poder judicial mediante un proceso tutelar dirigido por un juez con facultades prácticamente omnímodas. (*Crónica de una ley anunciada y ansiada, La ley on line, publicada en ADLA 2005-E, 5809*).

Por el contrario, con la derogación de la denominada ley “Agote”, la protección integral de los derechos se presenta como una concepción integral que recupera, en los términos de Mary Beloff, la universalidad de la categoría de la infancia. (*Los derechos del niño en el sistema interamericano, Editores del Puerto, pag. 36*).

Por otro lado, en lo que aquí interesa el cambio esencial que posee esta nueva visión, es que de la tutela judicial se pasa a la planificación de políticas públicas desde planes específicos ejecutados en la órbita de la administración. Tal como lo sostienen Famá y Herrera (op. cit.) priman las medidas de



## *Poder Judicial de la Nación*

protección de derechos en contraposición con las medidas de protección de las personas y esta connotación implica, de manera inexorable, el protagonismo de los órganos administrativos (los que llevan adelante las políticas públicas, tanto de carácter universal como focalizadas) por sobre cualquier otro tipo de intervención. En otras palabras, la prioridad de la actuación administrativa por sobre la subsidiaridad de la intervención judicial que, como veremos más adelante, cumplirá una función garantizadora mediante el control de la ejecución de políticas compatibles con la CN y esencialmente encaminadas a asegurar el fiel respeto de la CDN.

En este escenario, la sustitución de la tutela (ley 10.903) por la ley 26.061, permite concluir que de aquél sistema no pueden subsistir otras normas como la ley 22.278, por lo menos en lo que se refiere a los supuestos contemplados por el párrafo primero (menores de 16 años) .

La cuestión habrá que analizarla desde dos puntos de vista. El primero, cuando establece que los menores de 16 años no son punibles (art. 1 primera parte) y, el segundo, respecto a la facultad que la ley confiere a los jueces para disponer provisional o definitivamente por un determinado tiempo (alcanzar la mayoría de edad o por resolución judicial fundada) cuando de los estudios realizados se advierta que el menor se halla en abandono, falta de asistencia, en peligro material o moral, presenta problemas de conducta, con o sin internación (art. 1 pár. 2 y 3 y art. 3 último párrafo).

A poco que se observe, la normativa descripta presenta incompatibilidades constitucionales en lo que se refiere al respeto de los principios de legalidad, proporcionalidad, inocencia y el debido proceso legal y el régimen que postula la CDN. Además, el límite al poder punitivo que el propio estado se ha impuesto (16 años) termina siendo contradictorio con las consecuencias que la ley 22.278 le confiere para estos menores (disposición tutelar), por lo menos, a partir de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061.

El análisis constitucional de la norma, ya fue tratado -a mi entender correctamente- por *Juzgado Penal de Menores Tunuyán, causa M, G.A.R. resuelto el 18/12/06 (publicado en Lexis Nexis 0003/013206)*, en donde se sostuvo que “*La norma de mención [ley 26.061] deroga en su art. 76 la*

*cuestionada ley 10.093 y con ello elimina claramente el instituto del Patronato del Estado, cuyas ramificaciones se extendían a la ley 22.278. Consecuentemente suprime toda potestad de los jueces de disponer de las personas de niños, niñas y adolescentes por motivos tutelares. La eliminación del Patronato de la Infancia coloca al Régimen Penal de la Minoridad, en cuanto se refiere a la figura de la disposición judicial, y especialmente respecto de las personas menores de edad “inimputables” o “no punibles”, en el terreno de la ilegalidad, en tanto colisiona abiertamente no solamente con la ley 26.061 sino también con las garantías constitucionales. El art. 1 de la ley 22.278 importa una disposición tutelar por tiempo indeterminado que no obedece a garantías procesales ni principios fundamentales del derecho derivados del debido proceso legal y que la enfrenta decididamente con el ordenamiento constitucional. Si las niñas, niños y adolescentes “no punibles” o “inimputables” están carentes de capacidad para infringir las leyes penales no pueden recibir respuestas provenientes del aparato punitivo estatal a través de jueces penales que utilizan herramientas claramente coercitivas como es el supuesto de la privación de libertad y que se estatuyen en los hechos como verdaderas penas, aún cuando sean definidas como tutelas.”.*

Poco puede agregarse a lo que interpreto un análisis adecuado del tema, dado que, como sostuve precedentemente, al modificarse el régimen tutelar - circunscripto al caso en estudio- de la vieja ley de patronato, dicho sistema, no puede continuar vigente para los menores que estén bajo tutela al ingresar al sistema por conflictos con la ley penal.

Es que creo, no puede pasar por alto la circunstancia que la disposición tutelar, en los términos de la ley 22.278 (provisional o definitiva), implica una afectación de los derechos del niño, que constituye una injerencia ilegítima para lo cual el Estado no tiene potestad.

Es decir, más allá del alcance que pretenda asignársele a la expresión “no punible” del art. 1 de la ley 22.278 (o sea: si es inculpabilidad, inimputabilidad o prohibición de punibilidad,), constituye una manifestación clara de política criminal, que consiste en imponer un límite al poder punitivo del estado para no perseguir penalmente cuando el posible autor del hecho es menor de 16 años.

## *Poder Judicial de la Nación*

Como sostienen Manuel Cruz Videla y Juan Florencio Reboredo, la “inimputabilidad” ha sido establecida a expensas de una limitación cronológica de la edad, y no según parámetros emergentes de patologías propias de la psiquis (Cfr. *El Penalista Liberal AAVV, controversias nacionales e internacionales de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, Homenaje a Rivacoba y Rivacoba, Ed. Hamurabi, Bs. As. 2004*). Así, se afirma que la inimputabilidad (límite de edad de la intervención punitiva) como incapacidad, constituye una defensa más, y no el estigma histórico que ha representado para los menores de edad, con la consecuencia directa de violación de los derechos fundamentales (cfr. En igual sentido, Beloff, Mary, *Los adolescentes y el derecho penal: una relación conflictiva*, Revista de derecho penal y procesal penal, Lexis Nexis, Nro.2/2007 pág.278)

Esta limitación al poder punitivo estatal, además de ser una presunción *iure et de iure* que opera al constatar la edad de la persona imputada (En igual sentido, Beloff, Mary, *Los adolescentes y el derecho penal: op cit*), es una facultad propia de cada Estado, conforme se desprende de del art. 40 inc. 3 a) de la CDN, cuando establece que “*Los Estados tomaran todas las medidas... y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.*”

En este orden, cualquier actividad desplegada desde la jurisdicción penal que posea injerencia sobre los derechos y garantías de los menores no punibles, en los términos que señala la ley bajo análisis, carece de legitimación por no existir los presupuestos previos y necesarios para que el Estado pueda desplegar sus facultades dentro de un proceso penal que sea respetuoso de los principios constitucionales. Tal como afirma *Crivelli*, bajo el pretexto de la “protección o tutela”, el niño es introducido en un sistema penal paralelo, donde las garantías sustanciales y procesales no juegan papel alguno; donde la autoridad judicial goza de un margen de discrecionalidad absoluto, pudiendo aplicar verdaderas sanciones sin título ejecutivo alguno que legitime jurídicamente su imposición.(Cfr. *Crivelli, Ezequiel, ¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del régimen*

penal de menores en la provincia de Mendoza publicado, en [www.pensamiento.penale.com.ar/51crivelli](http://www.pensamiento.penale.com.ar/51crivelli))

La legislación de niños y adolescentes no puede olvidar que es parte del ordenamiento jurídico de un estado de derecho y que, como tal, debe brindar las garantías y límites al ejercicio del poder punitivo de las agencias administrativas y judiciales. (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl- Alagia, Alejandro-Slokar, Alejandro Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003 Pag. 187). Como sostienen Zaffaroni-Slokar-Alagia, "...entendida textualmente esta disposición, implica que cuando el juez se halla frente aun menor de 16 años imputado de un delito, hace lo que quiere. Esa interpretación se basa en la tesis dominante en la doctrina, según la cual se presume *juris et de jure* que el menor 16 años es inimputable. Aún admitiéndolo, la arbitrariedad judicial sería inconstitucional, pues el inimputable no deja de ser persona y no puede ser sometido al poder punitivo sin las debidas garantías...". (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl- Alagia, Alejandro-Slokar, Alejandro Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003 Pag. 189).

Si entendemos que resulta contrario a la Constitución establecer una tutela sobre los menores *no punibles*, también desaparece la posibilidad de disponerlos bajo la modalidad de "internación" que es similar a una privación de la libertad, pues también carece de legitimidad su imposición. En efecto, el proceso penal que se sigue a los menores de 16 años estará destinado, indefectiblemente, como lo sostiene el recurrente, a finalizar en un auto de archivo o sobreseimiento. (Cfr. Crivelli, Ezequiel, ¿Es posible desarmar el modelo tutelar?...op. cit.).

Hemos interpretado (cfr. C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley. Plenario n° 12. 29/06/2006) que la internación en los términos de la ley 22.278 resulta equiparable a la prisión preventiva. Allí se expresó, que la diferencia que existe entre ambos institutos se limita al *nomen iuris* que se le asigna pues en esencia ambos son similares. Los denominadores comunes de aquellos institutos se caracterizan por: tener un plazo determinado, se cumplen en establecimientos, se les aplica a quienes no han sido condenados por el hecho que se le imputa, se computan a los efectos de la pena que finalmente se imponga y son medidas de coerción que restringen la libertad.

## *Poder Judicial de la Nación*

En nada incide qué intención persigue uno y otro instituto, pues lo que realmente interesa, para comprender cabalmente el alcance de la discusión, es si la persona vio restringida su libertad ambulatoria.

Como sostiene Casnati “...en el derecho penal de menores (no juvenil) aún se levanta la bandera de la “protección”, aunque nadie admita ni consienta gustoso que lo encierren para “protegerlo”, y que se haya desmoronado definitivamente la creencia de las ventajas de los institutos de menores y sus tratamientos para la rehabilitación social. Contradicción que durante muchas décadas se solucionó recurriendo al eufemismo de cambiar la palabra “prisión” por “internación”, pensando que ésta podía traer buenos frutos por sus especiales características terapéuticas. Hoy 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”... ” (Casnati, Tristán *Derecho Penal Juvenil. Algunos Aspectos procesales y sustanciales*, publicado en La Ley, Gran Cuyo, [www.laleyonline.com](http://www.laleyonline.com)). Además conforme lo expresa Ovalle no resulta razonable sostener que una persona que se encuentra alojada en un lugar del cual no puede salir por su propia voluntad, no se halla privada de la libertad porque el nombre que se le ha asignado no sea “prisión preventiva”, razón por la cual la internación de los menores debe ser asimilada a la prisión preventiva que sufre una persona mayor de 18 años de edad, aunque más no sea por una aplicación analógica *in bonam partem*. (Ovalle, Fernando L. “*La ley 24.390 sigue dando tela que cortar: la aplicación del 2x1 a los menores y la inclusión de los tiempos interrumpidos de detención a efectos de la duplicación del cómputo*”, publicado en suplemento Penal, 2004 y en [www.laleyonline.com](http://www.laleyonline.com))

Por su parte, el mismo autor añade que “...si alguna duda aun cupiera respecto a que los menores sufren de una privación de su libertad semejante a la prisión preventiva (por más que se la haya bautizado con el término “internación”), basta con realizar algunas investigaciones de campo al respecto para comprobar que los menores son trasladados esposados a los tribunales cuando estos los requieren (igual que los mayores), se los aloja en celdas (curiosamente como los adultos); en sus lugares de detención -perdón, de

internación- reciben visitas en días preestablecidos (regímenes idénticos al de los mayores) y tantas otras coincidencias que hacen -también por estas simples circunstancias- que la distinción con los imputados mayores -en orden a la aplicación del beneficio en trato- constituya una palmaria arbitrariedad e injusticia”(cfr. Ovalle, Fernando, op. cit). Es más, a poco que se observen los informes de: fs. 24/25, pertenecientes al instituto “Ursula Llona de Inchausti”, fs. 26/27 correspondiente al instituto “Borchez de Otamendi”y fs. 28/29 del instituto “San Martín”, puede concluirse que por las descripciones del lugar, la disposición de las tareas del personal que allí trabaja y la organización interna de los menores, resulta similar a los establecimientos carcelarios de los mayores, lo que ratifica las apreciaciones realizadas precedentemente.

Que la normativa internacional vigente en la materia, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, en su art. 11 b) establece que *“por privación de la 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 orden de cualquier autoridad judicial, administrativa y otra autoridad pública”*, ello denota que no existen diferencias entre los institutos analizados, pues lo central es la privación de la libertad del menor.

No es ocioso recordar que nos encontramos frente a menores que no son punibles, circunstancia que demuestra concretamente la ilegitimidad de cualquier medida de encierro en los términos antes expuestos. La decisión que se tome en éste sentido sobre los menores, constituye una vulneración, vale la pena reiterar, a los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, inocencia y debido proceso legal, dado que, por la forma como se encuentra regulada en la ley 22.278, la decisión que adopte el juez se realizará sin respetar aquellos enunciados y los menores ingresarían -de todas maneras-a un sistema penal, con menos garantías que los mayores de edad, cuando debería estar excluido.

Los datos aportados por la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, a fs. 314, explican que *“...los ingresos de los jóvenes -entre 13 y 20 años de edad- a institutos de régimen cerrado se producen exclusivamente por orden emanada de autoridad judicial competente, generalmente en el marco de*

## *Poder Judicial de la Nación*

*un expediente de “disposición tutelar”, no teniendo la autoridad administrativa encargada de la custodia cuál es, en cada caso, el fundamento que determinó la adopción de la medida privativa de la libertad. En otras palabras, quien tiene a su cargo la implementación de la medida generalmente desconoce si la misma persigue asegurar los fines de un proceso penal, si tiene una finalidad sancionatoria o si se la adopta pretendiendo sustituir o restablecer algún derecho del adolescente que se encuentre vulnerado”*(el destacado me pertenece). Esto último, interpreto que no es una característica destacable de cómo se administra el sistema tutelar sino, por el contrario, pone de manifiesto la falta de coherencia entre los fundamentos que originaron las medidas y el tratamiento que se dispensa, generando una aplicación indiscriminada tal como lo afirma el recurrente. Lo que afecta sin duda garantías primarias, toda vez que cualquiera que fuese la razón del encierro, en base a los argumentos que vengo exponiendo, ninguna de las variantes mencionadas (cautelar, sancionatoria o tutelar) se corresponde con los fines establecidos en los estándares constitucionales.

*Crivelli*, explica claramente lo que aquí postulo, al sostener que en el modelo tutelar, la imputación y juzgamiento de una conducta penalmente típica no se elabora mediante la realización de un debido proceso con el respeto de las garantías que ello implica. Es lógico que así sea, si tenemos en cuenta que en éste sistema, el menor es considerado objeto de protección, justificándose la intervención estatal bajo la excusa de la tutela. De esta manera, el objetivo de salvar al niño, conduce indefectiblemente a una restricción de los derechos fundamentales en una medida mucho mayor que el Derecho Penal de adultos, por lo que lejos de ser un beneficio el ser sometido a la justicia tutelar de menores, más bien implica un perjuicio.(Cfr. Crivelli, Ezequiel, op cit).

De esta forma, reitero, la disposición sobre el menor genera afectación a los principios constitucionales básicos de un estado de derecho donde, pese a no tener consecuencias penales la conducta desplegada (por no ser punible), y sin que exista debido proceso para habilitar la medida, se priva de la libertad de modo desproporcionado e inconstitucional. A su vez, en la práctica existe un margen bastante amplio de discrecionalidad sobre las medidas a adoptar y se

aplican criterios de derecho penal de autor, al fundarse la decisión en aspectos que hacen a la personalidad del menor.

Sobre esto último, la CSJN *in re* “Maldonado, Daniel Enrique s/Recurso de hecho -causa N° 1174” rta, 7/12/2005, 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 “reeducados” 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. Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio.”*(considerando 26, del voto en mayoría)

De esta forma, la reglamentación de los derechos prevista en la ley 26.061 y el art. 1 de la ley 22.278 no supera el test de constitucionalidad, por contraponerse a los principios rectores del derecho del niño descriptos en la CDN, por lo tanto, propongo al acuerdo declarar su inconstitucionalidad, en lo que se refiere a la posibilidad de disponer provisional o definitivamente al menor de 16 años.

II. Expuesto ello, entiendo que corresponde tratar los restantes agravios, en forma conjunta, en lo que se refiere a qué solución se arriba como consecuencia de la inconstitucionalidad propuesta.



## *Poder Judicial de la Nación*

Debe reconocerse que por las especiales circunstancias presentadas en este caso, los efectos de la propuesta antes realizada no pueden limitarse exclusivamente a la liberación de los menores que se encuentren alojados en institutos con características similares a la prisión de adultos o, en su defecto, archivar todo expediente vinculado a la tutela de los menores de 16 años de edad -como lo pretende el recurrente- sobre todo si aún no existe una regulación legal que determine las competencias judiciales para estos casos.

Por el contrario, es precisamente en estos supuestos donde debe respetarse y velarse por la aplicación y vigencia del interés superior del niño. Es decir, aquél principio rector nos obliga a buscar una solución integral respecto a la problemática que los menores presentan, desde los parámetros fijados en la ley 26.061. De esta forma, deberá establecerse un control judicial para verificar el pleno respeto por los derechos y garantías de los menores.

En este sentido, la CSJN se pronunció, haciendo suyas las palabras del Procurador General de la Nación, en punto a que *“Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés de la autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos”* (del dictamen del la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte, en N.108.XXXIX, Neira, Luis Manuel y otra c/Swiss Medical Group S.A.”, rta. el 21/8/03). Se ha dicho al respecto que *“...nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades”* (Cilero Bruñol, Miguel: *El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en AA. VV. *“Infancia, Ley y Democracia en América Latina”*, citado, p. 77).

De esta forma, la solución integral respecto a los menores de 16 años que ingresen al sistema -por la presunta comisión de un hecho- debe ser planificada de manera *interinstitucional*, tal como lo establece la ley 26.061.

Así, aún cuando el Estado tome conocimiento de la situación de los menores por la comisión de un hecho ilícito, la problemática se abordará en la órbita administrativa aunque, como se verá, quede reservado un control judicial sobre ello. Bajo esta directriz, *Crivelli* explica que otro punto de relevancia, es la desjudicialización de las cuestiones relacionadas con las “medidas de protección integral de derechos” que según lo normado por los arts. 32 y 33 de la ley 26.061 deberán desarrollarse en el ámbito administrativo local. El objetivo de esta transformación estaría vinculado con la necesidad de preservar a los jueces de funciones puramente técnicas, apartándolos de toda cuestión relacionada con la tutela. En su consecuencia, los problemas vinculados a la satisfacción de los derechos básicos de los niños no constituyen ya problemas atendibles por la justicia de menores o la justicia penal sino por el poder administrativo nacional, provincial y municipal. En este orden, la ley creó el “Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes” conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican y supervisan las políticas públicas en el ámbito administrativo antes mencionado, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y re-establecimiento de los derechos de los niños.(Cfr. *Crivelli, Ezequiel, op cit*).

Sostienen Famá y Herrea (*op cit*), que el Estado como garante de los derechos humanos que titularizan niños y adolescentes implica el despliegue de una serie de acciones, a través de su poder administrativo, para la efectiva satisfacción de derechos o, en su defecto, para la rápida restitución de los que se encuentran vulnerados.

De este modo, a poco que se observe la ley 26.061 implementa un sistema de políticas públicas vinculadas a la protección integral de los derechos del niño, que implica abordar el tema desde una visión completa, permanente y estructurada, para satisfacer y garantizar sus derechos y garantías. Frente a este cambio radical (como política de estado), deviene necesario el compromiso y la interacción de todos los organismos gubernamentales vinculados en la materia.

## *Poder Judicial de la Nación*

El art. 32 es claro cuando establece que *“El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías ...Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios: a) Políticas, planes y programas de protección de derechos; b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; c) Recursos económicos; d) Procedimientos; e) Medidas de protección de derechos; f) Medidas de protección excepcional de derechos”*.

Por otra parte, los arts. 33 *“Medidas de protección integral de derechos”* y 39 *“Medidas excepcionales”*, regulan concretamente la aplicación de medidas de intervención, según los supuestos de cada caso en particular, de los organismos administrativos que deberán intervenir para el supuesto en que se detecte una amenaza o violación de los derechos o garantías de los niños.

Por último, la ley hace expresa mención en el Título IV, de los organismos administrativos de protección de derechos. Este último, en lo que se refiere a la jurisdicción nacional y federal.

Para el ámbito nacional la ley creó *“Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia”* (art. 43 y ss.), que en lo que a este recurso interesa tiene como función: *“a) Garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales; b) Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en esta ley;... h) Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores que deberán cumplir las instituciones*

*públicas o privadas de asistencia y protección de derechos de los sujetos de esta ley; i) Apoyar a las organizaciones no gubernamentales en la definición de sus objetivos institucionales hacia la promoción del ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la prevención de su institucionalización; j) Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;...q) Impulsar mecanismos descentralizados para la ejecución de programas y proyectos que garanticen el ejercicio de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias.”.*

Por su parte, establece, con relación al *Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia* (art. 45 y ss), que habrá de: “*a) Concertar y efectivizar políticas de protección integral de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias; b) Participar en la elaboración en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en la presente ley; c) Proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; d) Fomentar espacios de participación activa de los organismos de la sociedad civil de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reconocidas por su especialidad e idoneidad en la materia, favoreciendo su conformación en redes comunitarias; i) Promover en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección integral de los derechos de las niñas; niños y adolescentes.”*

Bajo estos lineamientos, queda en claro la necesidad de poner en funcionamiento los planes a los que hace mención la ley, como solución a los casos de los menores no punibles que encuadren en los supuestos por ella establecidos. En esa directriz, conviene resaltar que no comparto, por lo menos hasta tanto se sancionen y reglamenten las normas pertinentes, excluir a los jueces del fuero penal de menores.

En este sentido, parece adecuado en atención a la particular problemática en análisis, propender a efectivizar una función jurisdiccional garantizadora de la

## *Poder Judicial de la Nación*

CDN pues, bajo las circunstancias antes mencionadas, *no puede desconocerse* que el ingreso de los menores al sistema se genera por infracción a la ley penal, ubicándolos por el momento, bajo la competencia del juez de menores, pero con los alcances aquí fijados.

Respecto al rol de los jueces, *Crivelli* agrega que el papel que desempeña el juez es también diferente en el viejo y nuevo sistemas. En el modelo de la situación irregular el juez asume funciones más bien de carácter político-social. Su misión se compara con la de un “buen padre de familia”. En el modelo de la protección integral, por el contrario, la tarea del juez se centra en la actividad propiamente jurisdiccional y de controlar el respecto de las garantías constitucionales. (Cfr. Crivelli, Ezequiel, *¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones... op cit., en similar sentido Gandur, Antonio Actividad del Poder Judicial ... op cit, pag. 4*)

Comparto la posición de Mizrahi, cuando expresa que no al no tener el niño menos garantías que los adultos, es un deber de la magistratura -y no sólo una facultad- su debida intervención a los fines de realizar el control de legalidad, de admisibilidad y de conveniencia de los actos que lleve a cabo la administración. (Mizrahi, Mauricio Luis, *Los derechos del niño y la ley 26.061*, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o 2006 A, 858 y ss.).

Por todo ello considero, que abierta como ha sido la competencia de ésta Cámara, los jueces de menores deben cumplir una función de coordinación y control, con los alcances que *infra* propondré.

III. De este modo, en atención a la falta de adecuación de las normas vigentes al sistema de protección integral de los derechos del niño, la función jurisdiccional no puede estar ausente. En este sentido, los jueces de menores habrán de ejercer el rol de *garantes* de los derechos de los menores cuya situación encuadre en los supuestos de la ley 26.061.

Para ello, los órganos jurisdiccionales habrán de supervisar los planes que se implementen y cómo los lleven adelante los organismos administrativos. Pues si bien es cierto que la evaluación de políticas resulta una cuestión no judicial, tal como sostuvo en la Corte Suprema en el recurso de hecho *Verbitsky, Horacio s/ hábeas Córpus*, V. 856 XXXVIII, *rta. 3 de mayo de 2005*, también corresponde

al poder judicial garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. *“Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas.”*(considerando 27, del voto mayoritario).

Siendo así, y teniendo en cuenta que la inconstitucionalidad aquí declarada impide la aplicación del sistema tutelar para los menores de 16 años, el rol que habrán de cumplir los jueces para aplicar los nuevos lineamientos estará dado no sólo respecto “al menor” en sí mismo, sino también sobre la actividad que desplegarán los organismos estatales. Es decir, su función es la de controlar aquella actividad a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos establecidos en la CDN, en la ejecución de los planes que se establezcan.

Los parámetros de actuación que a continuación se proponen, por un lado constituyen lo que a nuestro entender es una solución transitoria frente el vacío legislativo que existe en la materia que -como dijera- se caracteriza por un desfase existente entre la legislación de protección integral de los derechos del niño y la vetusta ley penal de menores, que establece principios que resultan

## *Poder Judicial de la Nación*

contradictorios entre sí, y por otro, tal como lo sostuvo la Corte Suprema *in re* “Rosza, Carlos Alberto y otro” R. 1309 XLII, considerando especialmente que “...decisiones con la repercusiones de la presente, no pueden dictarse desatendiendo las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella.”(Cons22)

Por lo demás, también hay que reconocer, en lo que respecta al ámbito de aplicación de las leyes, que la ley 26.061 es posterior a la ley 22.278 y especial, por lo menos en lo que se refiere a las acciones del Estado con relación a los menores no punibles.

De esta manera, considero que la justicia de menores -como garante de aquellos- habrá de limitarse a la aplicación e interpretación de la nueva normativa vigente bajo los lineamientos antes expuestos y, a diferencia de lo que sostiene el recurrente (archivar los legajos de menores y pasarlos a la órbita de la administración), la propuesta que se efectúa logra un punto de equilibrio pues por un lado garantiza la presencia de un juez y, por el otro, que a través de una Mesa de Diálogo, se puedan ejecutar políticas compatibles con la CDN.

La intervención de cada juez de menores tendrá incidencia directa con relación a lo que la administración disponga, más allá de la convocatoria al diálogo, para definir la forma más adecuada de implementación de los planes que se instituyan, evitando la desconexión institucional que informara la Secretaría Nacional de Niñez y Adolescencia y Familia a fs. 314. En consecuencia:

a) Con relación a los menores que se encuentren alojados en institutos como el Gral. José de San Martín y otros similares, es decir, de régimen cerrado, cabe considerar lo informado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (cfr. Fs. 315) que “...de los adolescentes que, al momento de la presentación del hábeas corpus, se encontraban privados de su libertad, uno - que estaría involucrado en la comisión de un homicidio- ha permanecido en esa situación interrumpidamente hasta la fecha, dado que el resto egreso del dispositivo. Algunos de ellos tuvieron posteriores reingreso. Que el promedio de permanencia de los niños, niñas y adolescentes menor de 16 años de edad que ingresan a los referidos institutos es inferior a dos meses”. De esta manera, si bien la Secretaría explicó que el plazo promedio de detención es inferior a dos

meses, del informe agregado a fs. 254 surge que no son pocos los casos que han excedido aquél tiempo.

En este sentido, tal como lo propone el recurrente, postulo se implemente *la liberación progresiva* dentro de un plazo *no mayor de 90 días*, de los menores de 16 años dispuestos a la fecha, en los términos de la ley 22.278. A su vez, se articule con los organismos administrativos mencionados los arts. 32, 43/45 y ss. de la ley 26.061 la confección de planes individuales y adopten las medidas que la normativa autoriza, en aras de cumplir con el objetivo de protección integral del niño. A tal fin, resultará vital que en el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces de menores realicen un control oportuno y eficaz sobre los plazos de liberación, en atención a la ilegitimidad de las medidas vigentes. De este modo, la mirada jurisdiccional cumplirá una función garantizadora del ejercicio de las funciones que competen al Consejo Federal y a la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia en la ejecución y adecuación de planes específicos. Así también, impedirá la aplicación de medidas de encierro (cualquiera sea su fin).

En otras palabras, los jueces habrán de garantizar el respeto de las prohibiciones establecidas en los arts. 36 y 41 inc. e de la mencionada ley (*prohibición absoluta de medidas de encierro*).

b) Respecto a los expedientes tutelares que se encuentran en trámite, corresponderá que los jueces de menores den intervención a los organismos administrativos para su evaluación en forma conjunta y en un plazo *breve y razonable*, se defina si el caso encuadra en la situación descripta en la ley 26.061; en base a ello, supervisen la ejecución administrativa de los planes concretos, individuales y diferenciados aplicables a cada menores.

c) En lo que se refiere a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema por conflictos con la ley penal, con posterioridad a la fecha, los jueces habrán de aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que *-comprobada que sea la edad del menor-*, en un plazo *no mayor a 90 días* se coordine con las autoridades administrativas la elaboración de los planes mencionados en la ley 26.061.



## *Poder Judicial de la Nación*

Que durante aquél plazo, y en cumplimiento con los principios rectores en la materia, los jueces habrán de controlar que los órganos administrativos no alojen a menores en lugares similares a los que fueron materia de este *habeas corpus* o en instituciones cuyas condiciones se asemejen a privación de la libertad. Sobre el particular, resulta interesante destacar también lo informado por la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia en cuanto afirma que “...los ingresos...a institutos de régimen cerrado se producen exclusivamente por orden de una autoridad judicial competente...que la requisitoria relacionada con el plan progresivo de liberación podría no estar dando cuenta de los modos en que realmente funciona, al menos en la Ciudad de Buenos Aires, la justicia de Menores. No nos encontramos ante un universo de población estable que permanece largamente privado de su libertad, sin ser liberado [a lo que me permito agregar que por lo menos uno de ellos si lo está, tal como se sostiene a fs. 315]. **Sintetizando, entendemos que el problema no radica en la “progresividad” de las solturas -lo que generalmente se produce- sino en la continuidad de los ingresos, que son los que determinan que regularmente exista un conjunto de adolescentes menores de 16 años privados de su libertad**”(Cfr. Fs. 315/316, el destacado me pertenece).

d) A su vez, cuando sea factible aplicar las *medidas excepcionales* a las que hace mención el art. 40 de la ley 26.061, el juez de menores habrá de dar intervención a la justicia de familia, conforme se desprende de dicha norma. Ello sin perder de vista en cada caso, la posibilidad de propiciar soluciones alternativas basadas en la educación, inserción familiar y responsabilidad del menor.

e) Por último, a fin de garantizar una implementación adecuada respecto a la liberación progresiva de los menores detenidos como así también de la aplicación de los planes individuales, considero necesario establecer un mecanismo de seguimiento a través de la constitución de una mesa de diálogo en la que deberán participar los actores intervinientes en la problemática de los menores, tal como se precisará en la parte dispositiva. Al mismo tiempo, requerir la remisión bimestral de informes que den cuenta de los resultados obtenidos en

aquella mesa y, finalmente, celebrar una audiencia pública en el mes de marzo de 2008, a los efectos de tomar conocimiento de los avances implementados.

IV. En definitiva, en base a las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo:

a) Hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, sin costas (arts. 456 inc. 1, 474, 475 del CPPN);

b) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados.

c) Poner en conocimiento de las Cámaras en lo Criminal y Correccional Nacional y Federal, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, el alcance de lo aquí resuelto.

d) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Titulo IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

e) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

f) Encomendar a los jueces de menores convocar a una mesa de diálogo e invitar a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y toda otra organización de la sociedad civil que pretenda participar, para que:

1) En un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños;

## *Poder Judicial de la Nación*

2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que *-una vez que sea comprobada que sea la edad del menor-* en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss ley 26.061, para su oportuna incorporación.

3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que de cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen.

g) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el mes de marzo de 2008, a una primera audiencia pública ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas.

Tal es mi voto.

Los Sres. Jueces **doctores Guillermo José Tragant y Eduardo Rafael Riggi** dijeron:

Que en el particular no media polémica en cuanto a que la internación de un menor por disposición de un juez penal en una institución de régimen cerrado es asimilable a una privación de la libertad, criterio que, por otra parte hemos sostenido en el Plenario N° 12 de esta Cámara “C.F.M.R. s/recurso de inaplicabilidad de ley”, del 29/6/2006, citado por la colega preopinante.-

Que el artículo 1° de la ley 22.278 determina la no punibilidad de los menores que no han cumplido 16 años de edad, facultando a los jueces competentes, entre otras medidas tutelares, a ordenar su internación en instituciones públicas o privadas cuando se hallaren “abandonados, faltos de asistencia, en peligro material o moral, o presenten problemas de conducta”, extremo éste que colisiona frontalmente no sólo con principios constitucionales básicos -inocencia, culpabilidad, legalidad, arts. 18 y 19 de la C.N. - sino también con las previsiones de la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que desplazó la competencia tutelar

de los jueces a la órbita de la autoridad administrativa nacional, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires, y municipal -arts. 32 y ss.- y en especial prohibió que las medidas de protección puedan consistir en la privación de la libertad -art. 40 inc e-, y que es ley posterior y específica -“*leges posteriores priores contrarias abrogant*”.-

Sin embargo, la sanción de ésta en el año 2005, no agotó la discusión, ardua por cierto, de tan delicado tema, pues pese al nuevo enfoque que se ha querido dar desde el espacio legislativo y a la derogación de la vieja ley de patronato n° 10.903, aún se debate el paradigma tutelar, panorama que se ve ensombrecido por la carencia de programas y planes de acción concretos y eficaces, especialmente desde el área de la prevención, y que es imprescindible urgir.-

No se puede soslayar que las controversias que se han suscitado en torno a la validez constitucional del dispositivo cuestionado ha motivado que los jueces se encuentren “...en la incómoda obligación de forzar interpretaciones, declarar inconstitucionalidades y saltar al vacío por ausencia de reglamentación legítima, correctamente fundamentada y coherente. De este modo terminan haciendo lo que les está vedado: legislar.” (cfr. Ezequiel Crivelli, ¿Es posible desarmar el modelo tutelar? J.A. 2007-II, n° 7, págs. 58 y 59 y ss. 16/5/2007).-

Por tales razones, si el objetivo es “...desarmar el modelo tutelar o de la situación irregular y construir un nuevo sistema jurídico donde los niños y adolescentes gocen de los mismos derechos y garantías que se les reconocen a los adultos, reforzados en razón de su condición de personas en desarrollo, debemos olvidar los parches y tomar el toro por las astas” (cfr. E. Crivelli, cit. pág. 59).-

Que no somos por cierto los jueces los encargados de actualizar o modificar las leyes en este u otro aspecto, tarea que es de incumbencia del órgano legislativo; sin embargo, no podemos permanecer indiferentes ante la gravedad de la situación planteada, de manera que a fin de evitar una mayor afectación a los derechos y garantías de los destinatarios, consideramos acertadas las propuestas que formula la Dra. Ledesma.-

## *Poder Judicial de la Nación*

Por tales motivos, y por los demás fundamentos y conclusiones efectuados por la magistrada en su voto, emitimos el nuestro en igual sentido.- En merito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I) Hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, sin costas (arts. 456 inc. 1, 474, 475 del CPPN);

II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados.

III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto.

IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Titulo IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que:

1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños;

2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que *-una vez comprobada*

*la edad del menor*- en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061, para su oportuna incorporación.

3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que de cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen.

VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11.30 hs, a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas.

Regístrese, hágase saber y a tal fin, líbrense los oficios pertinentes comunicando lo aquí resuelto.

Firmado: Dres. Eduardo Rafael Riggi, Angela Ester Ledesma, Guillermo José Tragant. Ante mi: Dra. María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.-

**Causa nro. 7537 “García Mendez, Emilio y Musa Laura Cristinas/ recurso de casación e inconstitucionalidad” SALA III C.N.C.P.**