



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesinas de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera Abogacía

¿El Estado protege o sanciona en forma  
encubierta el abandono material y moral  
de un Menor?

N° 850

María Candela Pedreira

Tutor: Dr. Miguel Ángel Arce Aggeo

Departamento de Investigaciones  
Fecha defensa de tesina: 14 de agosto de 2015

Universidad de Belgrano  
Zabala 1837 (C1426DQ6)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533  
e-mail: [invest@ub.edu.ar](mailto:invest@ub.edu.ar)  
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>



## INDICE

Síntesis .....	5
1 – Los niños: un grupo en situación de vulnerabilidad .....	5
Historia de un pibe más.....	5
2 – El contexto.....	6
3 – Inicio de tutela .....	7
Menores no punibles y punibles .....	7
Primeras medidas – niño no punible .....	8
3.a) La ley 22.278. Su análisis.....	8
3.b) Cambio de estándares .....	12
3. b. i) Ley de Patronato de Menores nro. 10.903.....	12
3. b. ii) La ley 14.394 modificatoria del régimen de menores y familia .....	12
3. b. iii) Ley 22.278 .....	12
3. b. iv) Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes nro. 26.061 .....	13
3.c) Documentos internacionales con raigambre constitucional .....	14
3. d. i) Cambio de paradigma .....	15
3. d. ii) Análisis de la Convención de los Derechos del Niño .....	16
Primera parte de la CDN .....	16
Segunda parte de la CDN .....	18
Tercera parte de la CDN .....	18
4 – Medidas dentro del régimen tutelar .....	18
4.a) Internaciones de menores no punibles e interés superior.....	18
5 – Conclusión.....	23
Bibliografía.....	25



## Síntesis

En el presente trabajo se plantea que la concepción antigua del niño, lo tenía como objeto de derecho, en tanto que la actual como sujeto. Se analizan el cambio de estándares en punto a la tutela de los menores ya sea judicializados como en situación de riesgo. Se abordan dos posiciones: paternalista vs procesalista. Se establece que el sistema actual (entendido como las políticas públicas) no garantiza los parámetros establecidos en los documentos internacionales y se postula una urgente adecuación de la normativa interna a aquellos, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “García Méndez”. Se postula que toda decisión debe adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del niño, conforme lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio vs. Argentina.

Finalmente, se sostiene que aún hoy se sigue sin diferenciar aquellos jóvenes que tienen un conflicto con la justicia de los que tan solo necesitan protección y se mantiene la internación de ambos grupos en los mismos institutos que el modelo tutelar que se pretende abandonar.

## 1. Los niños: un grupo en situación de vulnerabilidad

### Historia de un pibe más

“Ezequiel, un pibe de 15 años de Moreno, Provincia de Buenos Aires. Son las 5 de la mañana del viernes y los disparos se escuchan en el interior de la villa como una suerte de fuegos de artificio en épocas festivas. Entre gritos y botellas que se rompen, en el precario barrio San Carlos II de Moreno, Provincia de Buenos Aires convive gente humilde. Gente Humilde que anhela una mejor vida, que trabaja arduamente y por fuera del sistema laboral formal en miras a escapar de esta pobreza estructural. Que ya a las 4 de la madrugada aguarda el primer colectivo, entre otros que lo llevará a su lugar de trabajo. Aquí también conviven otros sujetos con modalidades de vida dudosas y jóvenes. Muchos jóvenes.

La mayor parte del día, un grupo numeroso, que se autodenomina “ranchada”<sup>1</sup>, transcurre en situación de calle por el barrio, cuando no deambulando por esta Ciudad. Quizás evadiéndose de una realidad personal, caracterizada por situaciones de violencia familiar, grupos desmembrados donde no existe una autoridad parental, una figura que delimite su actuar y pueda contenerlos. Quizás repitiendo modelos o no conociendo otros, influenciados por terceros con condiciones de vida similares. Quizás inmersos en el mundo del consumo, factor que les impide llevar una vida acorde a su edad. O simplemente deambulando, pidiendo una moneda. Rogándola. Limpiando vidrios con las mangas de sus camperas. Cuando no, accediendo a favores sexuales bajo el velo de falsas promesas. Porque la perversión no tiene clase social.

Ezequiel vive en una zona no urbanizada. La casilla de chapa corroída, con piso de tierra y puerta de madera podrida, hinchada y envejecida, no cuenta con los servicios básicos. Se surten del agua de una canilla compartida entre los vecinos y una letrina olvidada decora el fondo del terreno, entre gallinas sucias y perras con tetillas estiradas. Ezequiel carece de actividades propias de su edad. No se encuentra escolarizado desde hace tiempo y no ha concluido sus estudios primarios. Repitió el primer grado en dos ocasiones. Apenas sabe leer y escribir. Ya ni recuerda su número de Documento Nacional de Identidad y apenas su fecha de cumpleaños, que ya no festeja. Pertenece a un grupo familiar desmembrado por la separación de sus padres a temprana edad y posterior formación de familias paralelas. Ezequiel es el primer hijo de diez. Solo los más pequeños concurren al jardín. Nació de una unión concubinaria cuando su madre contaba tan solo con 16 años de edad. La violencia en el seno familiar, la adicción de su progenitora a los psicofármacos y el tránsito de su padre por Unidades Penitenciarias, paulatinamente lo llevó a transitar la calle y juntarse con pares de similares características. Se inició en el consumo a corta edad, probó marihuana, posteriormente paco, “nevadito” (marihuana + cocaína) finalmente pasta base. Dejó de jugar. Dejó de reír. Dejó de practicar deporte. Ezequiel llegó a jugar en la 7ma de un club local. Alguna vez intentó realizar un tratamiento ambulatorio en el Centro de Prevención para las Adicciones dependiente del Gobierno de la Provincia, en su localidad, sin éxito. Ello en razón que no contaba con adultos que pudieran acompañarlo y contenerlo. Entonces las necesidades de Ezequiel pasaron a un segundo plano.

---

<sup>1</sup> Grupo de personas afines que comparten su cotidianeidad.

Hoy Ezequiel vino a esta Ciudad, acompañado por un grupo de pares. Por su “ranchada”. Hacía una semana que se había ausentado de su hogar y se encontraba con la misma vestimenta, sucia y rasgada. Vomitada y transpirada. Se escabulló en el tren y descendió en la estación de Retiro. Hoy Ezequiel, sin drogas, recordó que sentía hambre y abstinencia. Ese es el escenario cuando, siendo las 18:45hs se involucró en una situación confusa y resultó detenido por el cabo de la Seccional local. Fue un instante, una mala decisión. En un primer plano de él, somnoliento, medianamente orientado en tiempo y espacio, sus ojos llorosos, vidriosos, quizás producto del miedo, de la confusión, de la abstinencia. Sus brazos exhiben viejas cicatrices y tatuajes domésticos. No cuenta con todas las piezas dentarias y las comisuras de su boca están lastimadas y quemadas. Sus pies flacos se asoman descalzos, las uñas sucias e infectadas. Hace días convirtió sus zapatillas en dos dosis de paco. Viste una gorra, una vieja campera agujereada y manchada con poxiran.

En un plano medio de la estación, el bullicio arrimó a los transeúntes, señalándolo a los gritos, apuntándolo, sindicándolo, solo algunos miran de costado con compasión, otros siquiera se detienen. Es una postal diaria, que se repite, sin que a nadie le interese. La química de la situación provoca una tensión general. Pronto la muchedumbre se disipa y las luces azules de un patrullero iluminan el tinglado de la terminal. Hoy Ezequiel ingresó al Centro de Admisión y Derivación; iniciándose su camino a través del sendero de la justicia minoril.”<sup>2</sup>

## 2. El contexto

Ezequiel, como muchísimos otros niños que resultan judicializados tienen la mayoría de sus derechos fundamentales vulnerados al carecer de actividades acordes a su edad y desarrollo de sus capacidades, siendo de vital importancia su urgente reparación.

Entiéndanse como derechos fundamentales, los derechos humanos inmersos en un ordenamiento jurídico, en los que el Estado, como sujeto de derecho y garante, tiene la obligación de hacerlos cumplir. Básicamente, éstos se encuentran ligados a la dignidad de cada sujeto.

Ahora bien, cabe preguntarse si ¿nuestro ordenamiento jurídico asegura el cumplimiento de los derechos insertos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional?

Gustavo Gallo en *“Estrategias de la Defensa Pública ante la privación de Libertad de Niñas, Niños y Adolescentes, menores de 16 años de edad, en conflicto con la ley penal”*<sup>3</sup> dice que para abordar el trabajo junto a un menor, se debe tomar en cuenta el contexto social, económico y político en el cual los niños nacen, crecen y en donde se plasmará el incumplimiento del Estado en la aplicación de políticas públicas básicas para el normal desarrollo de la infancia y adolescencia. Teniendo en cuenta esta referencia, serán una gran cantidad de jóvenes los que se encuentren excluidos y socialmente marginados, donde la comisión del delito a temprana edad es una forma habitual de supervivencia. Señala que las carencias ponen a los menores en situación de extrema vulnerabilidad y conlleva a que desde temprana edad puedan estar en contacto con el delito. Pero si bien no todos los pobres y marginados sociales son delincuentes, estas formas de exclusión social y diferencias notables entre clases, indudablemente tienen incidencia sobre los índices de violencia y criminalidad. Las consecuencias del fenómeno de la exclusión, son las más sufridas por los niños. El desempleo, la pobreza, el progenitor imposibilitado de ser el sostén del hogar, el deterioro de su imagen como tal, la violencia, la frustración, traen aparejadas las consecuencias para un grupo familiar que, por lo general, repercute en los niños que resultan expulsados hacia la calle, donde encuentran el delinquir como el medio de inserción social y de supervivencia.

La pobreza, exclusión social y el delito conjugan sin más. Indica el Dr. Gallo que antes y después de la comisión de un delito, debe existir una política pública de inserción social, para garantizar que los jóvenes no ingresen en el delito y en el caso que se inicien en la comisión de los mismos, intervenir rápidamente para lograr una pronta inclusión social.

<sup>2</sup> Relato de mi autoría basado en vivencias a lo largo de mi desempeño en el fuero penal minoril

<sup>3</sup> “Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública”. Aut. V publicado por el Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2011.

En este punto coincido plenamente con la concepción que una adecuada política pública influirá en la prevención del delito por parte de la población minoril, mas no puedo dejar de señalar que existe un déficit tan arraigado en el tiempo que la premisa planteada por Gallo no resulta más que una expresión de anhelo. Una utopía. Por lo general, me atrevo a denunciar que el Estado sostiene un rol ausente, dándose a conocer recién tras la comisión del delito y aun así, sin poder garantizar un marco contenedor que esté en condiciones de suplir las carencias que han llevado a los niños a involucrarse en estas situaciones, es decir, sin modificar esta realidad.

En el fallo "O, HI"<sup>4</sup> del año 2009 la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional con composición de los Dres. Jorge Luis Rimondi y Gustavo Bruzzone sostiene -en un caso de un menor institucionalizado en un instituto de menores (actualmente denominados Centro de Régimen Cerrado) donde la única opción de externación que facilitaba el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires<sup>5</sup> era el parador "Perla Negra", y por otro lado, el Departamento de Fortalecimiento, Promoción y Protección Integral de Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal, dependiente del mismo Consejo, evaluó que no era conveniente para el menor la opción propuesta- que "el asunto traído a estudio" encuentra su génesis en el déficit de las políticas públicas adoptadas por la autoridad administrativa local en la materia, siendo éste el órgano político que tiene legalmente a su cargo el tratamiento de los niños. Esa situación determinó que los jueces resolvieran que se debía mantener la internación por que el sistema no cuenta con el tratamiento adecuado.

¿Garantiza la solución la finalidad perseguida por los instrumentos internacionales?

En el fallo "García Méndez, Emilio y otra"<sup>6</sup> La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió el 2 de diciembre de 2008 que "No es asunto desaprobar solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general (...) que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y -eventualmente- en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger".

En definitiva, se insta al diagramado de políticas públicas en general; mas a la fecha los requerimientos judiciales que en el sentido se han hecho no han motivado a los operadores estatales encargados de materializarlos a través de las normativas e instrumentos pertinentes.

Los derechos del menor con raigambre constitucional no han alcanzado un adecuado reconocimiento dentro de la legislación interna.

### 3. Inicio de la tutela.

#### Menores no punibles y punibles

El régimen penal juvenil encuentra su base legal en la ley 22.278. A continuación realizaré un análisis de su contenido pero solo me abocaré a los menores no punibles, específicamente a la franja etaria que aún no cuentan con 16 años al momento de la presunta comisión del delito que se les atribuye, en razón que son ilícitos más comunes y por los que en general con mayor frecuencia resultan aprehendidos.

En relación a la punibilidad, el artículo 1° de la ley antes citada establece que "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación."

<sup>4</sup> Cam. Crim y Correcc, sala I - 2009-05-14 - O.,H.I

<sup>5</sup> Es el Organismo especializado en Infancia que tiene como finalidad promover, proteger y garantizar los derechos de todas/os las/os niñas, niños y adolescentes.

<sup>6</sup> Sala III Cámara Nacional de Casación Penal, causa 7537 del 2 de diciembre de 2008

### **Primeras medidas – niño no punible**

A raíz del ingreso de un niño no punible al Centro de Admisión y Derivación<sup>7</sup> (CAD<sup>8</sup>) las autoridades entablan una primer comunicación telefónica con el Juzgado de Menores de turno, quien dispone su institucionalización en un Centro de Régimen Socioeducativo –comúnmente y mal llamados Institutos de menores– ante la ausencia de familiares presentes o la necesidad de profundizar su evaluación; incluso puede ordenarse aún cuando exista un grupo familiar si el Magistrado interviniente, en principio, lo considere pertinente.

Acto seguido, el equipo interdisciplinario del juzgado, compuesto por un asistente social, un psicólogo y un abogado, realiza una primer evaluación que da cuenta de su situación vital, datos filiatorios, composición familiar, actividades que realiza, situación de salud, economía del grupo de origen, relación del niño con éste grupo, la comunidad; para concluir con una sugerencia respecto de los pasos a seguir que puede o no ser tenida en cuenta por el Magistrado.

Si no se acredita situación de vulnerabilidad que amerite su institucionalización y no se cuenta con otros antecedentes de gravedad, ante la presencia de un familiar dispuesto a velar por la integridad del menor, en muchas ocasiones se dispone su egreso. Incluso puede también disponerse, aunque no cuente con familiares si nada justifica su internación. En este caso podría egresar con un miembro de la Guardia Permanente<sup>9</sup> de Abogados del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia que debe trasladarlo a un hogar de día, conocidos como “Paradores”.

Cuando se decide su permanencia, deberían existir motivos procesales que la ameriten, tema que desarrollaré más adelante.

En todo caso, se procede a la formación de un expediente de disposición tutelar –que tramita en paralelo al proceso principal– dándose así cumplimiento a las disposiciones de la ley 22.278.

### **3.a) La ley 22.278. Su análisis**

La ley 22.278 fue sancionada en 1980 durante el Gobierno de facto y por ende carece del necesario debate parlamentario. Entiendo que resulta inconcebible que a pesar de haber transcurrido tres décadas desde que se restableció la democracia la norma no haya sido revisada y actualizada acorde a la realidad vigente y a la Constitución de 1994. Más aún cuando , con posterioridad, se sancionó la ley 26.061 que modifica los institutos que hacen a la supuesta incorporación del niño a la sociedad

Sentado ello, debo marcar que la disposición tutelar tiene por objetivo investigar las características del núcleo familiar, medio social y educación del joven sometido a un proceso penal, para así adoptar las medidas más adecuadas y determinar si se encuentra en situación de riesgo o desamparo, siendo éste el propósito del trabajo interdisciplinario, para finalmente evaluar la conveniencia o no de disponer cualquier medida privativa de su libertad y al momento de fijársele audiencia de debate valorar si se encuentra en condiciones de ser beneficiado con las alternativas propuestas en el artículo 4to de la mencionada ley (absolución o reducción de condena).

Como ya se dijo, el artículo 1° de la ley 22.278 establece que “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación”.

En el caso de existir una imputación contra alguno de ellos, la segunda parte del artículo establece que 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

---

<sup>7</sup> Reglado por la res 927 del 22-6-12 del Ministerio de desarrollo social

<sup>8</sup> En junio de 2012 el Ministerio de Seguridad resolvió que los niños y adolescentes que resultan aprehendidos por las fuerzas federales dentro del área metropolitana o cumpliendo órdenes de magistrados competentes serán trasladados directamente al CAD que estará a cargo de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social.

<sup>9</sup> Equipo de abogados especialistas en infancia y adolescencia, que atienden las 24 hss del año.

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, tutor o guardador.

Por su parte el artículo 2 establece que “Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4º. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera 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, tutor o guardador.”

Al respecto señalo la inequidad de esta normativa en lo que atañe a la disposición jurisdiccional cuando el menor ha sido absuelto, es decir, la potestad de disponérselo. En este sentido, Zulita Fellini indica “en esta norma se comprueba una vez más arbitrariedad legislativa...” (en “Derecho Penal de Menores”<sup>10</sup>).

El artículo 3ero. señala que la disposición tutelar determinará: “a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutores) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere. 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.”

Fellini<sup>11</sup> advierte que no existe una mención taxativa de las clases de medidas que puede tomar el juez, lo que significa una incertidumbre para el joven con respecto a las consecuencias de su accionar. Añade que las amplias e indeterminadas atribuciones del juzgador se ponen de manifiesto una vez más, a diferencia de las leyes anteriores en las cuales para el caso de aplicarse una sanción, éstas tenían algún grado de especificidad.

Al respecto coincido con la autora que no se puede dejar librada a la pura subjetividad del magistrado la elección de medidas sin el previo conocimiento del tutelado de las consecuencias que de su comportamiento pueden derivar.

En lo que atañe a la internación, el artículo 3 bis establece que “En jurisdicción nacional la autoridad técnico administrativo con competencia en el ejercicio del patronato de Menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículo 1º y 3º deben disponer los jueces.

En su caso, motivadamente, los jueces podrán ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas.”

En la actualidad, los centros socioeducativos de régimen cerrado, antiguamente denominados “institutos de menores”, dependen de la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal (de ahora en adelante DINAI), órgano de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, creado por el Poder Ejecutivo Nacional. A los efectos de su funcionamiento cuentan con una reglamentación interna.

La resolución 3892 del Ministerio de Desarrollo Social, del 7 de diciembre de 2011 proporciona el marco conceptual de la DINAI, en lo referente a los principios rectores, la modalidad de intervención de los dispositivos penales juveniles, entre otros; haciendo especial hincapié en la necesidad de consolidar un sistema penal juvenil respetuoso de los Derechos Humanos, avanzando en el camino de la especialización de las instituciones que intervienen con los adolescentes infractores y presuntos infractores de la ley penal (marco de especialización).

<sup>10</sup> Fellini Zulita, Derecho Penal de Menores, pág. 31, Editorial AD-HOC, Primera Edición, 1996, Buenos Aires.

<sup>11</sup> Ob. citada

La resolución 991 del mismo ministerio, datada del 27 de mayo de 2009 determina el régimen general para los centros de institucionalización (anexo a la misma). Establece que resulta necesario adecuar los principios y obligaciones aplicables a las Niñas, Niños y Adolescentes, y a los adultos que interactúen con ellos, durante la permanencia en un centro de régimen cerrado, con lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos de Niños, niñas y Adolescentes<sup>12</sup>, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia (Reglas de Beijing) aprobadas por la Asamblea General en su Resolución nro. 40/33, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución nro. 45/113 y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución nro. 45/112.

La resolución anteriormente citada, determina la normativa general para los centros de régimen cerrado. Reconoce entre otros, el derecho a la salud, a la educación, a la libertad de conciencia, a la vinculación familiar, a peticionar, a recibir trato digno.

En punto a la sanción eventualmente aplicable, el artículo 4to indica que “La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2º - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3º - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo.

Este artículo determinar los tres requisitos objetivos para valorar la necesidad de aplicar una sanción penal. Ahora bien, a través de la sanción de la ley 26.579<sup>13</sup> que establece que la mayoría de edad se adquiere al cumplir los 18 años –siendo que antiguamente se extendía hasta los 21 años de edad– lo que significa que cesa la incapacidad el mismo día que llega a esa edad. Así las cosas, en ciertas ocasiones resulta imposible someter a un menor al año de observación tutelar, ya que puede suceder –y de hecho sucede– que el accionar que amerita la intervención judicial se perpetre una vez cumplidos los 17 años. Sin embargo y a pesar de no poder cumplir formalmente con esta exigencia, los Jueces suplen la ausencia del tratamiento con el informe retrospectivo, contemplado en el artículo 8vo de la misma ley.

Dado que en cierta forma los Jueces se arrojan al respecto facultades legislativas, resulta necesario que el Legislador llene este vacío legal dando la solución que debe otorgarse a los casos como el que se plantea.

En otro orden de ideas, Fellini, con un criterio lejos de ser paternalista, respecto de este artículo que equipara la absolución a la suspensión de la condena, sostiene que la medida tutelar constituye en definitiva una sanción.

El artículo 5to. dispone que “Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho (18) años de edad. Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente.”

El mencionado no ofrece demasiada complejidad.

El artículo 6to. reza “Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.”

Al respecto debo señalar que a pesar que la ley 26.579 (diciembre de 2009), modificó la mayoría de edad, en la actualidad los menores que cumplen 18 años y están en situación de internación, tras la

<sup>12</sup> Aprobada por ley 23849 en 1990

<sup>13</sup> Ley 26579, - Mayoría de edad – Modificación - Publicada en el Boletín Oficial del 22-dic-2009

conversión de la detención en prisión preventiva, suelen ser derivados desde el centro donde se encontraran al Centro de Régimen Cerrado Manuel Belgrano –hasta sus 21 años–, institución minoril dentro de a órbita de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, especializada para estos supuestos, en carácter de detenido-comunicado afectado a una causa determinada.

Así se procedió, a modo de ejemplo, con el joven “R, M.N”. En efecto, el Juzgado Nacional de Menores nro. 4, Secretaría nro. 10, mantuvo la internación a pesar que éste había cumplido la mayoría de edad en la inteligencia que de esta manera podría continuar sosteniendo el tratamiento iniciado en el centro de régimen cerrado donde se encontraba con anterioridad.

Si bien se procura no agravar las condiciones de internación, en otras ocasiones -a razón de ser una medida discrecional de los Jueces del fuero- se procede al traslado de los jóvenes a Unidades Penitenciarias. Tal es el caso de “S.A, J.A” quien se encontraba institucionalizado en el Centro de Régimen Cerrado General San Martín a disposición del Juzgado Nacional de Menores nro. 4, Secretaría nro. 11. Al momento de cumplir la mayoría de edad, se ordenó su traslado a un Complejo Penitenciario Federal. Esta resolución fue apelada por su Defensora tutelar, argumentando que el Centro de Régimen Cerrado Manuel Belgrano cuenta con un régimen más beneficioso para el pleno desarrollo de los jóvenes. Finalmente, durante el curso del corriente año la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal –conformada por el Dr. Juan Esteban Ciccario y el Dr. Mariano A. Scotto– hizo lugar al planteo formulado y ordenó su permanencia en el centro minoril “a los efectos que desde allí continúe con el proceso de adaptación necesario, previo a un eventual traslado a un complejo penitenciario”.

El artículo 7 otorga una amplia potestad jurisdiccional al juez al indicar que “Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los artículos 1° y 2°, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere.”

Considero que la pérdida de la patria potestad debe estar justificada únicamente en graves situaciones. Conforme mi experiencia los progenitores de niños menores de 16 años involucrados en causas penales, no alcanzan los 30 años de edad. Por ello me pregunto ¿podría adoptarse esta medida extrema sin tener en cuenta el contexto donde estos adultos han crecido, con las mismas carencias que los niños que hoy deben criar?

El artículo 8 señala que “Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho (18) años comen- zarse o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3° del artículo 4° se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndose complementarlo con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.”

El mencionado determina la posibilidad de efectuar un informe retrospectivo que dé cuenta de la situación actual del menor o adulto a efectos de conocer sus condiciones de vida y efectivamente qué ha realizado con posterioridad a alcanzar la mayoría de edad.

En el artículo 9 se indica que “Las normas precedentes se aplicarán aun cuando el menor fuere emancipado.”

El artículo 10 prescribe que “La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho (18) años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6°.”, es decir, en centros especializados.

El artículo 11 se refiere a la colaboración judicial entre tribunales de distintas jurisdicciones para el cumplimiento de las medidas tutelares, indicando específicamente que “Para el cumplimiento de las medidas tutelares las autoridades judiciales de cualquier jurisdicción de la República prestarán la colaboración que se les solicite por otro tribunal y aceptarán la delegación que circunstancialmente se les haga de las respectivas funciones.”

### **3. b) Cambio de estándares**

#### **3. b. i) Ley de Patronato de Menores nro. 10.903**

Lucila Larrandart en el artículo publicado en “Ser Niño en América Latina”<sup>14</sup> dice que “el control social de los menores estuvo reservado, hasta fines del siglo XIX, a la familia y a la iglesia, a través de la religión o de la enseñanza”. Añade que el artículo 278 del Código Civil le daba a los padres la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos, incluso hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un (1) mes, con la intervención de un juez.

Inicialmente, este control solo enfocaba el problema de la imputación y el discernimiento.

El Código Penal de 1886, instauraba la irresponsabilidad total hasta los 10 años de edad, siendo que partir de la misma y hasta los 14 años, a través de un juicio de discernimiento se determinaba la aplicación de una medida penal, que luego serán llamadas “tutelares”; y a partir de los 14, ingresaban al régimen común.

Para aquel entonces, esta concepción retributiva recibe fuertes críticas por calificarla como inhumana para los menores, habida cuenta que se determinaba la aplicación de una dura ley penal, sin tener en consideración al menor necesitado de protección especial. Ello sobre la base de un rígido concepto de defensa social y de la calificación de peligroso a un niño o joven. Así paulatinamente se comienza con el proceso de abandono de aquella teoría estricta, y del juicio de discernimiento.

En este marco se considera que para defender a la sociedad es necesario proteger a la infancia y para ello resulta imprescindible que el estado adopte medidas frente al niño que ha cometido o no un delito, pero de ningún modo, puede ser sancionado con el derecho penal común. Así se da inicio a la concepción de un nuevo derecho infantil.

Paulatinamente esta concepción se vio modificada por la influencia del transcurso del tiempo y la necesidad que el control punitivo estuviere en manos de un Estado, ajeno, objetivo e inicialmente paternalista.

La Ley de Patronato de Menores regulaba el patronato del Estado sobre los menores. Contenía reformas a la concepción civilista a la patria potestad y al procedimiento formal<sup>15</sup>. A través de los artículos 14° a 16° se facultaba a los Jueces a disponer preventivamente y por tiempo indeterminado, de los menores acusados o víctimas de delitos, en estado de abandono o peligro material o mora, con independencia de las medidas o sanciones que correspondieren por la aplicación de la ley penal.

En líneas generales, la Ley de Patronato establecía la intervención Estatal en los supuestos que hubiera abandono o peligro material o moral, concepción que permitió el subjetivismo judicial toda vez que no definió las pautas para así proclamarlo, al dejar la ponderación de éstas exclusivamente en manos del juez. Esta concepción sustentada en lo que se denominó “doctrina de la situación irregular” soslayaba el carácter de sujetos de derecho que poseen los jóvenes.

#### **3. b. ii) Ley 14.394 modificatoria del régimen de menores y familia**

En esta ley prima la idea de que los menores sean sometidos a un régimen especial destinándolos cuando así correspondía a institutos asistenciales y educacionales<sup>16</sup>.

#### **3.b. iii) Ley 22.278**

Esta ley no respeta para los menores principios contenidos en la Constitución Nacional.

<sup>14</sup> Emilio García Méndez y otros “Ser Niño en América Latina”,pág. 21, Editorial Galerna, Argentina, 1991

<sup>15</sup> conf. Zulita, ob. cit. pág 25

<sup>16</sup> Viñas Raúl Horacio “Delincuencia Juvenil y derecho penal de menores”, Ediar, Bs. As., 1983

Nuestra Carta Magna impide que en materia penal el juez se convierta en Legislador. Así es que el artículo 18 establece que “Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo ni ley anterior al hecho (...)”. Como dice María Angélica Gelli<sup>17</sup> la primer frase del artículo 18 constituye una especie de principio de legalidad, establecido en forma general en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Este principio también está consagrado en varios Tratados a los que nuestro País le otorgó jerarquía constitucional<sup>18</sup>.

Como ya vimos precedentemente se ha denunciado un supuesto en el que los jueces sustituyen las falencias del Congreso y justifican su decisión sobre la base de una interpretación analógica. Este es el caso ya abordado donde los jueces ante la imposibilidad de someter al niño al año de control tutelar establecido por la ley minoril, suplen la falencia disponiendo la realización del informe retrospectivo contemplado en el artículo 8vo. de la ley.

Por otro lado, se permite la intervención del juez penal a pesar de que no se pruebe que haya un delito cuando aplica una medida tutelar. En este sentido Fellini dice “siempre existe la posibilidad de que aquello que no se consigue probar como delito, aquello que no se logra establecer que sea realmente ajustado a un tipo penal, da lugar al estado de peligro material o moral, abandono, etc, que permite de cualquier manera al juez aplicar una medida; de esta forma la ley pierde toda clase de entorno preciso”. “La ley 22.278 impone sanciones bajo un prisma tutelar a quien en rigor no pudo motivarse en la ley, siendo la motivación un fundamento de este principio”<sup>19</sup>.

El principio de reserva (art. 19 CN<sup>20</sup>) como ya se vio, también se conculca cuando se autoriza al juez a basar su decisión en estudios, diagnósticos, peritaciones de personalidad y demás condiciones familiares y ambientales, haciendo futurología sobre la base del pasado del menor.

Así también lo sostiene Fellini<sup>21</sup> cuando dice que la ley 22.278 autoriza al juez “no solo a disponer arbitrariamente del menor sometido a la justicia penal, sino que lo faculta ...” a “obtener un pronóstico acerca de la futura conducta del menor, basado en su vida anterior”.

Maier<sup>22</sup> y Fellini<sup>23</sup> dicen que otro principio que se vulnera es el de culpabilidad dado que el sistema penal debe basarse en la culpabilidad por el hecho cometido, descartando la idea de que se pueda ser culpable por defectos de carácter o por la conducción de vida.

### **3.b. iv) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes nro. 26.061**

La ley fue sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada el 21 de octubre del mismo año.

El artículo 1ero. reza “Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.”

Domínguez, Famá y Herrera en su obra<sup>24</sup> indagan respecto de ¿qué se entiende por protección integral? En tal sentido afirman que si bien es harto sabido que la Convención sobre los Derechos del Niño ha producido un cimbronazo en la concepción de la infancia y adolescencia, antes de su sanción se habían empezado a vislumbrar algunos atisbos normativos de carácter internacional de lo que hoy se conoce como la “doctrina de la protección integral”.

<sup>17</sup> María Angélica Gelli. “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, segunda edición, Editorial La ley, Bs As 2003, pág. 163.

<sup>18</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos art. 11 apartado 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 15 apartado 1; Convención Americana de Derechos Humanos art. 9.

<sup>19</sup> Ob. citada, pág. 65.

<sup>20</sup> Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

<sup>21</sup> Ob. citada, pág. 65.

<sup>22</sup> Maier Julio B.J: “Derecho Procesal Penal I Fundamentos” Ed, Del puerto, pág 644, Bs As, 2002.

<sup>23</sup> Ob. citada, pág 66.

<sup>24</sup> Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, Ediar, Argentina, 2007.

Continúan apuntando que la doctrina de la protección integral ha producido un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista<sup>25</sup> propia de la llamada doctrina de la “situación irregular” o modelo tutelar que consideraba a los niños como menores, incapaces y “objeto” de protección y representación por parte de sus progenitores, otros representantes legales y el Estado.

La pretérita ley 10.903 que permitía la disposición de los menores como “objeto” de tutela por parte del Estado mediante un proceso tutelar dirigido por un juez con facultades prácticamente íntegras, fue derogada por el artículo 76<sup>26</sup> de la ley 26.061.

Conforme enseñan los autores mencionados la doctrina de la protección integral de derecho abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia. Se sustenta en dos pilares, siendo ellos 1) la exigibilidad y el 2) interés superior del niño, reconociendo a los menores ahora como “sujetos” de derecho y la etapa que transitan como específica e indispensable para el desarrollo humano.

En cuanto al aspecto filosófico-político determinan que la reafirmación del aludido cambio cultural en la concepción de la infancia y adolescencia parte de la idea que los niños son “sujetos de derecho”. En tanto “personas” pues titularizan todos los derechos de los que gozan los adultos más un plus de derechos propios por su condición de sujetos en desarrollo.

En cambio, Augusto C. Belluscio<sup>27</sup>, efectúa una serie de críticas a la normativa. Afirma que si bien la ley del Patronato tuvo más de ocho décadas de vigencia y puede considerarse inadecuada para nuestra época, no comparte el optimismo de quienes califican a la ley 26.061 de anunciada y ansiada y se alegran de su dictado.

La vislumbra como una manifestación de totalitarismo, al sustraer de la esfera judicial funciones propias de ésta y atribuírselas a reparticiones administrativas más o menos indeterminadas. Por consiguiente, Belluscio no duda en calificarla de inútil por contener “una serie reiterativa de declamaciones rimbombantes y demagógicas que nada tienen que hacer a un texto legal”.

En definitiva el criterio a seguir depende de la posición en la que uno se enrole sobre la base de la información brindada.

### 3.c) Documentos Internacionales con raigambre constitucional

En el año 1994 nuestra Carta Magna se ve modificada, estableciéndose en el art. 75 inciso 22<sup>28</sup> la supra legalidad de los tratados internacionales de derechos humanos, es decir establece que éstos tienen jerarquía superior a las leyes.

Nuestro país aprobó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño a través de la ley 23.849<sup>29</sup> por lo que este documento –de ahora en adelante CDN– forma parte de nuestro sistema jurídico nacional.

<sup>25</sup> Gelli dice que explicarse “la filosofía paternalista como la que justifica la represión o prohibición de ciertas conductas con el objeto de proteger de ellas a quien las realiza”. Ob. citada, nota 537, pie de página, pág. 185.

<sup>26</sup> Art. 76 ley 26061 “Derógase la Ley N° 10.903, los decretos nacionales: N° 1606/90 y sus modificatorias, N° 1631/96 y N° 295/01”.

<sup>27</sup> “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26061”, La Ley, 24-2-06

<sup>28</sup> Art. 75 – Corresponde al Congreso, inc 22) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

<sup>29</sup> B.O del 22-10-90

La no aplicación del articulado contenido en la misma implica responsabilidad internacional. Cuando un Estado aprueba y ratifica un documento internacional se obliga a que sus órganos internos lo apliquen inmediatamente.

La CDN es un tratado de derechos humanos fundamental, donde el niño es sujeto activo de los derechos allí consagrados y cada funcionario que interviene en un proceso minoril debe comprenderlo y aplicarlo en cada caso concreto.

Esta CDN está desarrollada a lo largo de 54 artículos en los que se reconocen a los niños y niñas menores de 18 años los mismos derechos que las personas adultas más un plus de protección especial debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento. Los niños y niñas ejercen y pueden exigir los mismos derechos fundamentales que los adultos: los derechos civiles, políticos, económicos y culturales. Al mismo tiempo establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

La CDN es el tratado de derechos humanos más ampliamente ratificado en la historia. La Argentina la adoptó en 1990 y la incorporó a la Constitución Nacional en la reforma de 1994. Sin embargo, no fue sino hasta el 2005, que Argentina sancionó la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, acorde a los lineamientos de protección integral de la convención (UNICEF<sup>30</sup> ha elaborado una guía que se entrega a los menores internados en los centros de régimen cerrado de manera tal que accedan a la información de forma sencilla. La misma se denomina “Convención sobre los Derechos del Niños y sus tres protocolos facultativos”.)

Florence Bauer, representante de UNICEF en la citada guía explica que los “protocolos facultativos” que se añadieron al tratado resultan ser “mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones al tratado original porque abordan una preocupación nueva o porque incluyen un procedimiento específico para hacer efectivos los derechos”.

La Convención sobre los Derechos del Niño cuenta con tres Protocolos Facultativos, a saber:

- el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en conflictos armados.
- el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones (presentaciones individuales de quejas).

### 3.d. i) Cambio de paradigma

En relación al punto arribado, Inés M Weinberg señala en su obra “Convención sobre los Derechos del Niño”<sup>31</sup> que la CDN equivale a la formalización, a nivel internacional, de un nuevo paradigma para la consideración de la infancia y adolescencia desde el punto de vista de las políticas públicas. Entre las características centrales de ese nuevo paradigma que tendrá que ser asumidas por el derecho interno que regule las materias de la infancia está concebir a los niños como sujetos de derechos y no como simple destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado.

Asimismo, añade que el cambio de paradigma recoge los postulados de la llamada “doctrina de la protección integral”, que ve al niño como sujeto de derecho, a diferencia de la anterior “doctrina de la situación irregular”, que lo enfoca como un objeto de protección. La protección integral quiere evitar la construcción social que separa a los “menores” de los niños y se dirige a niños y adolescentes como

<sup>30</sup> El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (United Nations International Children's Emergency Fund) o Unicef<sup>1</sup> es un programa de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con base en Nueva York y que provee ayuda humanitaria y de desarrollo a niños y madres en países en desarrollo.

La misión de la UNICEF consiste en proteger los derechos de los niños y niñas y contribuir a ampliar sus oportunidades, desarrollar su potencial y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos, rigiéndose bajo las disposiciones y los principios de la CDN.

<sup>31</sup> INES. M WEINBERG, Convención Sobre los Derechos del Nilo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

sujetos con derechos humanos originarios, con la finalidad de evitar su marginalización y reintegrar a los “menores” en desventaja o infractores, lo más pronto posible, al sistema normal de infancia y adolescencia.

Continúa afirmando que la perspectiva de la situación irregular, en cambio, obliga al funcionario a intervenir casi siempre frente a la existencia de una lesión o violación de los derechos fundamentales del niño, lo que se traduce en una marcada aplicación de las funciones de protección en desmedro de aquellas destinadas a conjurar el peligro de dicha violación, es decir, de todas aquellas medidas concebidas para la prevención y ayuda tanto al niño como a su familia y colectividad. Se concibe al niño como sujeto pasivo de medidas selectivas por parte de los funcionarios competentes ignorando que el aparato estatal debe estar concebido de manera integrada, a fin de permitir hacer cierta la protección integral

### 3. d. ii) Análisis de la Convención de los Derechos del Niño

Respecto de la estructura de la CDN, cuenta con un Preámbulo y tres partes. En el preámbulo se declara que para lograr la libertad, la justicia y la paz en el mundo, es necesario reconocer la dignidad intrínseca y la igualdad de los derechos de todos los miembros de la familia humana. En virtud de este reconocimiento, se decide promover el progreso social y elevar su nivel de vida.

Weinberg recuerda el compromiso asumido por los Estados firmantes en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>32</sup> y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, de respetar la igualdad de derechos de todas las personas, sin distinción alguna, y especialmente el derecho de la infancia a cuidados y asistencia adecuados. Este respeto se concreta cuando se brinda protección a toda la familia a fin de que se encuentre en condiciones de asumir sus responsabilidades, ya que es considerada como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el desarrollo de todos sus miembros. Actuando a través de la cooperación internacional, se pueden mejorar las condiciones de vida especialmente de los niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, en todos los países del mundo.

A fin que el niño crezca normalmente en el seno familiar, debe hacerlo en un ambiente donde reine el amor, la armonía y el sentido de solidaridad. Para ello, debe hacerse efectiva, incluso antes del nacimiento, la protección integral enunciada en tantas otras declaraciones que la antecedieron.

Es de destacar que la intención de la CDN no es sólo la protección del niño contra la violación de los derechos humanos, sino también crearle condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora de la vida social.

#### Primera parte de la CDN

La CDN cataloga al niño como todo menor de 18 años (art. 1). No obstante, en lo que atañe a la represión penal realiza una importante distinción; establece las Garantías que se deben respetar para aquellos menores a los que se alegue que hayan infringido las leyes penales, o se los acuse o declare culpables (art. 40 inc 1 y 2) para en el inciso 3.a) considerar el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presume que los niños no tienen capacidad para infringirlas.

Así las cosas, nuestro derecho local (ley 22.278) decide que ese piso de imputabilidad sea a los 16 años.

Conforme lo cita Weinberg la primer parte de la CDN cuenta con 41 artículos, en los que comienza por establecer como ya se ha dicho el tope de edad en que se considera que aun se es niño. Asimismo se describen todos los derechos que corresponden a las personas en esta franja etaria, las obligaciones que tendrán para con ellos las instituciones, servicios y establecimientos y especialmente el compromiso que asumen los Estados para asegurar la aplicación de la CDN y velar por el efectivo cumplimiento de la protección integral del menor. Se asume el compromiso de tener siempre en cuenta el interés superior del niño, como principio general de derecho y estándar jurídico básico que rige las relaciones de los menores con el mundo adulto.

<sup>32</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

Se insiste en inculcar que el niño debe ser considerado como una persona cuyos deseos y pensamientos deben ser tenidos en cuenta, no para ser impuestos, sino para formar parte de los elementos que serán considerados para decidir sobre su presente y futuro.

En esta misma línea, se establece que, no es que ahora los derechos de los niños tengan que hacerse valer contra los adultos. Por el contrario, hoy la estructura social exige una estructura familiar diferente, dentro de las cuales, incluidos los niños, tienen derechos personales.

En este sentido, se decide proteger al niño contra la discriminación y el castigo, el maltrato y el descuido, el abuso físico o mental, la explotación o el abuso sexual. Se cree que la mejor medida es la prevención, seguida de óptimos programas sociales de asistencia para los jóvenes y quienes cuidan de ellos, incluido el posterior seguimiento. En este punto, indica Weinberg que se debe ocupar de su normal desarrollo y bienestar, de preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares.

Respecto de aquellos que se ven privados de un medio familiar, o impedidos mental o físicamente, se impone la implementación de asistencia especializada.

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, a los efectos de hacer efectiva su protección, surge que los Estados adoptarán las medidas de acuerdo a los recursos con los que dispongan o en base de la cooperación internacional.

En relación a los niños refugiados, los Estados se comprometen a otorgar protección e intentar localizar a algún miembro de su familia.

Asimismo, se destaca la importancia que tengan acceso efectivo y gratuito a la educación, rehabilitación y esparcimiento, con el objeto de lograr la máxima integración social posible.

Se acuerda inculcar a los niños el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, el respeto a sus padres, por su cultura y valores del País.

En cuanto a la salud, se dispone que se adoptaran las medidas necesarias a efectos de brindar atención médica, asegurando el mejor resultado posible y luchando contra la mortalidad infantil, entre otras cuestiones de similar índole.

Los Estados se comprometen a brindar ayuda en cuestiones de nutrición, vestuario y vivienda, a quienes carezcan de los medios económicos suficientes.

El abanico de compromisos asumidos por el Estado respecto de la población más débil, es de gran dimensión. Resulta fundamental señalar que en cuestiones penales, se determina que la cárcel deberá ser considerada el último recurso (art. 37, b CDN<sup>33</sup>) y allí el trato debe ser humanitario, respetando la dignidad humana y ofreciendo asistencia jurídica. Todo lo dispuesto por la CDN no afectará otras disposiciones más adecuadas que surjan del derecho nacional o internacional, encaminadas a respetar los derechos de los niños.

En este punto Zullita afirma que la CDN sienta las bases de un derecho penal de menores garantista. En su parte pertinente, el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño establece que “Los Estados partes velarán por que a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad, b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

---

<sup>33</sup> Art 37 – Los Estados Partes velarán por que b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

## Segunda parte de la CDN

De la lectura de la misma obra surge que de los artículos 42 a 45 los Estados se comprometen a dar a conocer esta CDN tanto a los adultos como a los niños, y se organiza el control de las obligaciones contraídas a través del Comité de los Derechos del Niño.

## Tercera parte de la CDN

En esta última parte se establece el procedimiento que deberán efectuar los Estados para la ratificación o adhesión. Argentina a través de la ley 23.849<sup>34</sup> aprobó la CDN

## 4. Medidas dentro del régimen tutelar

### 4.a) Internaciones de menores no punibles e interés superior

A los principios básicos de Ulpiano<sup>35</sup> que se enseñan en el primer año de la carrera, a saber 1) vivir honestamente 2) no dañar a los demás 3) dar a cada uno lo suyo, se debe incorporar la premisa constitucional que constituye una garantía de todo habitante del territorio nacional, incluyendo a los niños, cual es que en todo proceso penal la regla es la libertad siendo la privación de ella la excepción.

Previo proceder al análisis de casos concretos, resulta menester hacer mención al concepto de "interés superior del niño". La CDN en su artículo 3, inciso 1 establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

El comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)<sup>36</sup> establece en el punto 4,b) que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; resultando que para la plena aplicación de éste concepto exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holística del niño y promover su dignidad humana.

El comité acentúa que el concepto de interés superior es tridimensional, resultando:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de

<sup>34</sup> Ley N° 23.849 Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño. Sancionada: 27 Septiembre de 1990 -Promulgada de hecho: 16 Octubre de 1990.

<sup>35</sup> Domicio Ulpiano. Tiro, 170 - Roma, 228. Jurisconsulto romano, considerado uno de los más grandes jurisconsultos de la historia del Derecho.

<sup>36</sup> Del 29 de mayo de 2013.

decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Ahora bien, uno de los objetivos de la observación general es señalar que los Estados partes de la CDN garanticen su respeto, como también cualquier otra medida que afecte a un niño. En este punto, determinan que el concepto es dinámico en razón de abarcar diversos temas en constante evolución, procurando proporcionar un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño; no pretender establecer lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concretos.

Finalmente, señalan que el objetivo principal de la observación general es mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial; siendo el propósito general promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó en el caso *Bulacio vs. Argentina*<sup>37</sup> que cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.

El mismo órgano, ha considerado en la Opinión Consultiva OC-17/2000<sup>38</sup> que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3ero. de la CDN, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de éste (voto del Presidente Antonio. A. Cancado Trindade).

La observación general nro. 10 (2007) del Comité de los Derechos del Niño<sup>39</sup> estableció dentro de los principios básicos de una política general minoril que “En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”.

Miguel Cillero<sup>40</sup> establece que “el interés superior del niño tiene a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (características del sistema penal). En consecuencia, siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal del adolescente que deriva de la CIDN: su carácter mínimo...”.

<sup>37</sup> Caso *Bulacio vs Argentina* (18/9/03 – Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>39</sup> Observación General nro. 10 (2007) “Los derechos del niño en la justicia de menores” Caso *Bulacio vs Argentina* (18/9/03 – Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>40</sup> Cillero Miguel “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?”, en “Infancia y democracia en la Argentina”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 39.

Dicho esto afirmaré que en ocasiones el denominado “interés superior del niño” se contrapone con el derecho de gozar de libertad durante el proceso. En este punto hago referencia al fallo O,HI del año 2009, citado ut. supra, al que se arriba luego que la Defensa Oficial solicitara la externación del niño no punible por considerar que el ordenamiento positivo vigente impedía mantener su judicialización. Dado el pronunciamiento adverso del juez a quo y en virtud de la impugnación formulada la Cámara determinó que la ley 26.061 autoriza a adoptar las medidas de protección integral de los derechos y garantías de los menores ante su amenaza o violación, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias, como ocurrió en el caso llevado a análisis. En este sentido se tuvo en cuenta que de las evaluaciones practicadas, con la intervención del Consejo de Derechos del Niño, se desprendía que se encontraba desamparado desde hacía varios años por carecer de un núcleo familiar, que dos de sus hermanos se encontraban también residiendo en la vida pública como lo hizo él hasta su internación y que el grupo de pares con el que frecuentaba la calle no resultaba propicio para su crecimiento personal. A ese cuadro, se añadió que su situación se vería agravada por el continuo consumo de sustancias tóxicas a las que hizo referencia, sumado a que habría registrado tres ingresos anteriores en un breve lapso, siendo aprehendido en cada ocasión en razón de un nuevo proceso penal y que el propio niño al momento de ser internado habría exteriorizado su voluntad de permanecer en esta situación o el interés por ingresar a un hogar.

En función de esta situación la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal –con votos del Dr. Jorge Luis Rimondi y el Dr. Gustavo A. Bruzzone– confirmó la decisión del juez de primera instancia sobre la base que se tornaba aconsejable mantener la medida dispuesta hasta tanto el niño pueda iniciar el tratamiento adecuado a la problemática que presenta, el que debería quedar a cargo de la autoridad administrativa local.

Este fallo podría prestarse a una doble interpretación. Por un lado aparece como una oferta de ayuda a un menor que así lo solicita y no como una imposición –en un rol paternalista–. Por el otro, aparece como una tendencia natural de los jueces en sancionar en forma encubierta el abandono moral y material del menor.

Ahora bien, al analizar la situación de un menor no punible, es decir, con menos de 16 años de edad al momento de presuntamente cometer el hecho delictivo, por la sola circunstancia que será declarado inimputable y sobreseído en las actuaciones “iure et de iure” (336 CPPN<sup>41</sup>), es decir, no existirá la imposición de una pena como resultado del proceso judicial, advierto que no existe razón procesal para prolongar su internación.

Esta postura “**procesalista**” fue sostenida por la misma Sala en el fallo adoptado en los autos “Famoso, Elizabeth y otros s/ procesamiento e internación” de marzo de 2004<sup>42</sup>, con composición de los Drs. Gustavo A. Bruzzone, Carlos E. Elbert y Edgardo A. Donna y **con antelación a la sanción de la ley 26.061**. En el caso concreto, el juez de grado había resuelto mantener la internación del causante en razón del estado de vulnerabilidad que aquél presentaba “para evitarle eventuales perjuicios, para asegurar el éxito del tratamiento y su pronta readaptación...”.

La Defensa del menor A, S.A apeló la medida adoptada, alegando falta de basamento y advirtiendo que la misma estaba fundamentada sobre la base de apreciaciones subjetivas e imprecisas y que estas consideraciones violarían el principio de reserva<sup>43</sup>. La Sala indicó que los derechos de una persona imputada de la comisión de un delito pueden ser restringidos eventualmente, siempre que se den ciertas condiciones y aun cuando esté autorizada legalmente, no cualquier medida es constitucionalmente válida sino que ésta debe ser la adecuada para lograr el fin perseguido y debe ser la menos restrictiva posible en términos de limitación de derechos, es decir, que la privación de libertad debe decretarse como última ratio. Así la medida respectiva de la libertad procede por un tiempo breve y siempre que no hayan desaparecido las circunstancias que la justificaron.

En el mismo sentido señalan que por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento que no permita salir al menor por su propia voluntad. Que los niños gozan de los mis-

<sup>41</sup> Art. 336. - El sobreseimiento procederá cuando: inc 5°) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

<sup>42</sup> Cam. Crim y Correcc, sala I, causa nro. 22.909 rta 17/03/04.

<sup>43</sup> Artículo 19 de la Constitución Nacional.

mos derechos y garantías que los adultos, más aquellos específicos por su condición de personas en crecimiento. En toda circunstancia se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales de los menores. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente con el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.

En esta misma línea interpretativa, asienten que cualquier medida que se adopte durante el proceso respecto del joven imputado de la comisión de un delito o hecho sancionado por el Código Penal – incluida la internación- sólo puede justificarse por motivos cautelares.

Entonces afirman que los criterios de prevención especial positiva podrán ser tenidos en cuenta luego de haber sido declarado responsable, nunca para justificar una medida antes de ésta. Ello aún cuando ésta sea más beneficiosa para el interés del joven. En caso contrario, se estaría incurriendo en un error de concebir al proceso penal y a la misma pena como un bien, olvidándose que se trata de la manifestación más cruenta del monopolio de la violencia por parte del Estado. Por otra parte, las circunstancias personales y familiares del joven, solo pueden servir para evaluar el peligro procesal alegado como justificativo del dictado de una medida de tal tenor, que en cuyo caso la parte que propone la medida asegurativa deberá probar adecuadamente el nexo entre aquellas y el riesgo procesal alegado.

Determinan que las condiciones personales del imputado, las evaluaciones efectuadas por el equipo interdisciplinario revisten un carácter abierto, vago e impreciso que impiden conformar una apreciación adecuada acerca de en qué medida estas circunstancias podrían frustrar los fines de proceso seguido al joven.

En este contexto, explican que, tal como lo afirman las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad<sup>44</sup>) se debe reconocer “el hecho de que el comportamiento o conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la mayoría de edad” (conforme directriz 5).

Así las cosas, señalan que al facultar al juez restringir los derechos del joven sobre la base de circunstancias personales, que no tienen relación con el hecho que se le endilga se viola el principio de culpabilidad por el acto que se deriva del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Sentado ello la Sala resolvió que pasados los 30 días se debía colocar al menor en un hogar de su familia ampliada o sustituta si ello no fuera posible.

La ley 26.061 sancionada en el año 2005, derogó expresamente la ley 10.903. A través de ella se intenta dar por finalizado con el paradigma del menor objeto de derecho y las medidas tutelares, dentro de los lineamientos del modelo de protección integral que surge de los documentos internacionales ratificados.

El art. 33 de la ley mencionada determina las “Medidas de protección integral” que son aquéllas “emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.” Complementariamente, el artículo 36 de la misma normativa determina que, bajo ningún supuesto, las medidas referidas en el artículo 33 podrán consistir en la privación de la libertad.

Esta norma establece un sistema de protección integral de la niñez y adolescencia razón por la cual la interpretación de la ley 22.278 debe adecuarse a ella y al plexo normativo que constituye la Constitución Nacional y los tratados incorporados a ella (art. 75 inc 22 CN).

<sup>44</sup> DIRECTRICES DE RIAD, Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 5/112, de 14 de diciembre de 1990.

Es menester señalar que el Comité de los Derechos del Niño sostuvo en la Observación General 10, en su apartado “Decisiones sin demora y con la participación de los padres (artículo 40 2 b) iii) acápite 51 plasmo que “...el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado. A ese respecto, el Comité también se refiere al apartado d) del artículo 37 de la Convención, a tenor del cual todo niño privado de su libertad tendrá derecho a una pronta decisión sobre su acción para poder impugnar la legalidad de la privación de su libertad. El término “pronta” es más fuerte lo que se justifica dada la gravedad de la privación de libertad que el término “sin demora” (artículo 40 2 b) iii) de la CDN), que a su vez es más fuerte que la expresión “sin dilaciones indebidas”, que figura en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.”

Ahora bien, los menores no punibles en conflicto con la ley encierran una situación compleja.

De trascendencia institucional resulta el fallo de la CSJN “García Méndez” resuelto el 2 de diciembre de 2008<sup>45</sup> donde se consignó que el niño es un sujeto de derecho pleno y que el Estado debe garantizar el desarrollo del mismo, como así también otorgarle una protección especial. Entre otras consideraciones señala “para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda magnitud el art. 40.4 de la convención relativo a las ‘diversas medidas ajenas a los procedimientos judiciales y a’ otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones” que debe prever el estado. “(...) por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal ‘no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección en atención a su condición de vulnerabilidad’”. “(...) los menores son privados de su libertad bajo calificaciones tales como ‘dispuestos’, ‘internados’ o ‘reeducados’ o ‘sujetos de medidas tutelares’ situaciones que han significado, en muchos casos, el encierro en condiciones de similar rigurosidad que en la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución”.

Denuncia la Corte la subsistencia de la doctrina de “situación irregular” en el régimen de la ley 22.278 particularmente en su art. 1° párrafos 2do., 3ero. y 4to. También cuestiona que por vía pretoriana se tienda a arbitrar un régimen general sustitutivo de la 22.278.

Por ello afirma que las cuestiones que encierran esta problemática, “son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda”. También sostiene que en análisis de tales aspectos “remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia que exceden la órbita de este tribunal”.

Teniendo en consideración el conjunto de normas que rigen el proceso penal minoril, parecería desprenderse que cualquier medida que implique la institucionalización de un niño en un establecimiento minoril, supondría una privación de la libertad, violando el derecho a la libertad personal – conforme art. 14 de la Constitución Nacional, art. 37 b y 40 de la CDN.

<sup>45</sup> G.147. XLIV. Recurso de hecho. García Méndez, Emilio y Musa Laura Cristina s/ causa 7537

## 5) Conclusión

La concepción del menor a lo largo del tiempo ha sufrido una modificación positiva y crucial. Inicialmente, el niño era concebido como “objeto de derecho” bajo la doctrina irregular que proponía la decolorada Ley de Patronato. Al verse modificada esta teoría y ser pensado a los ojos del legislador, como sujeto de derecho, con las mismas garantías que un mayor de edad más el plus conferido por su especial condición de niño, el Estado asume una serie de obligaciones frente al sistema vigente y la comunidad internacional.

En la actualidad me encuentro con dos posiciones. La visión paternalista que interfiere en su ámbito privado y tiende a tener en consideración el contexto que lo rodea, condiciones sociales, culturales y económicas, grupo de origen, que se enfrenta a la visión procesalista, que no se aparta de la letra de la ley.

Es decir, en este segundo supuesto, a los efectos de valorar un posible egreso –libertad- de encontrarse un niño institucionalizado, simplemente se tomarán en cuenta las cuestiones procesales y si resulta, en este punto viable, mantener su internación o acceder a su externación.

No surgen dudas que conforme lo establece el art. 37, apartado b) de la Convención de los Derechos del Niño, la internación de un menor “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Ello a efectos de promover su pronta reinserción social, de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 de dicha Convención, que establece las garantías judiciales mínimas del proceso de menores y la obligación de tener en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración.

Cualquier decisión que se adopte a su respecto, a los ojos de quien debe expedirse sobre su situación y resolver, deberá fundarse en el deber primordial de velar por el “interés superior”, que receptan el artículo 3ro y ccddes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pero si es el juzgador quien determina efectivamente cuál es el alcance que tiene el concepto “interés superior del niño” resulta que se está en presencia de una facultad discrecional y arbitraria, dado que se respaldará exclusivamente en la postura en la que se enrole el magistrado. De allí que en ocasiones podría adoptar una postura procesalista y en otras una paternalista, de conformidad con sus convicciones o el caso en concreto.

La evaluación del interés superior debe abarcar el respeto al derecho del niño a expresar libremente su opinión y que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que lo afectan, conforme lo sugerido en la observación general nro. 14 y en la observación general nro. 12. Respecto de ésta, también se encuentra receptada en el artículo 12 de la CDN que establece que “1. Los estados Partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.”, siguiendo, en el pto 2 que con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Rodolfo Hussonmorel<sup>46</sup> sostiene que el derecho a la libre expresión de las ideas es, esencialmente, uno de los pilares fundamentales de la concepción democrática del Estado, y como tal debe ser reconocido y aceptado en cabeza de todo individuo, independientemente de la edad del mismo. El respeto por los derechos subjetivos del hombre en el marco de un Estado de Derecho no debe distinguir categorías basadas en la edad, el sexo, la raza, la religión, ni ninguna otra variable o contingencia. Son sin lugar a duda nuestros jueces los encargados de velar por que el reconocimiento de los derechos subjetivos, sea una constante en cualquier situación que lo fuere. De lo contrario, las tan mentadas garantías no serían más que una fantasía modelada a la manera de lo jurídico, pero vacías de contenido real, carentes de sustancia y como tal injustas. En el catálogo de los derechos subjetivos reconocidos no cabe vacilar que deben incluirse los derechos de los niños, debiendo instrumentarse los medios más efectivos y eficaces para su protección. Pero si eso no se hiciere de manera expresa, debe forzosamente entenderse que las declaraciones de los derechos existentes tienen un alcance general, comprensivo sin lugar a duda de los derechos fundamentales de los niños.

---

<sup>46</sup> Citado por Weinberg

En relación al rol de padre que en ocasiones asume el Estado a través de sus funcionarios judiciales, ello no debiera ser así si las Políticas Públicas funcionaran apropiadamente y ofrecieran los recursos necesarios para evitar la judicialización de los niños. La aparición del Estado siempre es tardía, recién tras la presunta comisión del delito. Deviene necesario organizar una fuerte prevención del delito en materia penal minoril.

Al respecto, en los autos ya citados “García Méndez, Emilio...” la CSJN sostiene que no es asunto de desaprobar solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Que se trata de eso por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos resultan previas a cualquier medida de alcance general. Por lo tanto, indican que resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir, a aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados de infringir la ley penal.

La situación denunciada por la Corte en el citado fallo que data del año 2008, al 2015 no se ha modificado. Diré que, incluso con el aumento de la cantidad de personas que se encuentran por debajo de la línea de pobreza, incremento del consumo de estupefaciente, la falta de oportunidades de conseguir un empleo digno respetuoso de la ley de contrato de trabajo para aquellos que cuentan con menos recursos en razón de su condición social, origen, apariencia física; el aumento de la natalidad en personas menores de edad, entre otros muchos factores políticos, económicos, sociales y culturales ha generado un incremento en la cantidad de niños que resultan judicializados sin que aún el Estado pueda darte la respuesta política a la problemática que debiera aquejar a la sociedad entera.

Sagasta<sup>47</sup> sostiene que la jurisprudencia nos obliga a asumir el modelo de protección integral. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha subrayado la soberbia necesidad que los organismo administrativos a nivel nacional y local con competencia en la materia, adopten las acciones tendientes a determinar y ejecutar políticas públicas que tiendan a excluir de la judicialización a aquellos menores de 16 años de edad, es decir, no punibles (conforme CDN). Exclusivamente puede llevarse adelante este presupuesto con exitosas políticas públicas que respondan hacia la protección integral de la infancia, con normas apropiadas al tiempo que hoy vivimos y con educación, pero sobre todo, con resoluciones que se gesten a nivel judicial que resulten determinantes a los efectos que estos derechos prevalezcan. Indica que ningún magistrado debería asumir el enigmático rol de “padre de familia”, propio del paradigma obsoleto que se pretende dejar atrás en el tiempo, si lo expuesto estuviera encaminado a priorizar finalmente el lugar que merecen los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

Por todo lo expuesto, señalo que resulta de vital importancia que a la brevedad se sancione una ley penal juvenil que agilice la implementación de un modelo de responsabilidad especializado acorde a las necesidades sociales actuales. El mismo debe ser adecuarse a las garantías constitucionales como a los principios que emergen de ellas y a la realidad actual dejando de lado el modelo anacrónico dictado hace más de tres décadas.

A modo de cierre, de no producirse modificación alguna, jóvenes como Ezequiel –el niño que dio lugar al relato inicial- continuarán transitando su adolescencia en centros de régimen cerrado, sin siquiera poder visualizar el motivo que allí los lleva, lo que le impedirá insertarse en la sociedad al lograr la “supuesta madurez” por la mayoría de edad. No se puede tolerar que a esta altura del siglo XXI se siga sin diferenciar aquellos jóvenes que tienen un conflicto con la justicia de los que tan solo necesitan protección.

---

<sup>47</sup> Ob. citada.

## Bibliografía

AUTORES VARIOS: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis de los Estándares del Sistema Interamericano". Publicación del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2009

AUTORES VARIOS: "Interés Superior del Niño". Secretaria de jurisprudencia CSJN. Buenos Aires, diciembre 2012

BELLUSCIO AUGUSTO C: "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26061", La Ley, 24-2-2006

CILLERO MIGUEL: "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?", en "Infancia y democracia en la Argentina", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004

FELLINI ZULITA: "Derecho Penal de Menores" Editorial AD-HOC, Primera Edición, Buenos Aires, 1996.

GALLO GUSTAVO Y AUTORES VARIOS: "Estrategias de la Defensa ante la Privación de libertad de Niñas, Niños y Adolescentes menores de 16 años de edad en conflicto con la ley Penal" en "Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Practicas de la Defensa Publica". Artículo "", Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2011

GARCIA MENDEZ E. y BIANCHI MARIA DEL C.: "Ser niño en América Latina", UNICRI / Editorial Galerna, Buenos Aires 1991

GELLI MARIA E: ""Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", segunda edición, Editorial La ley, Buenos Aires 2003

GIL DOMINGUEZ ANDRES Y OTROS "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes", Ediar, Argentina, 2007

MAIER JULIO BJ " "Derecho Procesal Penal I Fundamentos" Ed, Del puerto, Buenos Aires, 2002

SAGASTA, MARIA EUGENIA: "La internación de menores de 16 años". La ley, Buenos Aires, 16-jun-2009

UNICEF: "Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos" , Editada por Unicef CDN@25

VIÑAS RAUL HORACIO. "Delincuencia juvenil y derecho penal de menores"; Ediar, Buenos Aires, 1983

WEINBERG INES M: "Convención sobre los Derechos del Niño", Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2002

CONSTITUCION NACIONAL

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ADAPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EL 20-11-89

Resolución nro. 3892 del 7/12/11 del Ministerio de Desarrollo Social

Resolución nro. 991 del 27/5/09 del Ministerio de Desarrollo Social

Resolución nro. 927 del 22/6/12 del Ministerio de Desarrollo Social





