

[Texto del Fallo del Juzgado de Menores de Tunuyán que decreta la
inconstitucionalidad de la Ley 22.278](#)

¿Es posible desarmar el modelo tutelar?*

Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad
del régimen penal de menores en la provincia de Mendoza

*Por Ezequiel Crivelli***

Sumario: 1) Introducción. 2) Antecedentes de la resolución. 3) El nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil. 4) Objeciones constitucionales que plantea el régimen penal de la minoridad. 5) Evolución de la jurisprudencia. 6) Repercusiones de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes: a) A nivel nacional. b) A nivel provincial. 7) Nuevos interrogantes. 8) Conclusiones.

1) Introducción:

Por primera vez en la provincia de Mendoza se emite un pronunciamiento judicial donde se analizan las objeciones, que desde el punto de vista constitucional, plantea el régimen penal de menores vigente en Argentina. El tema es objeto de preocupación desde hace años por parte de la doctrina especializada, particularmente, a partir de incorporación de la Convención Sobre los Derechos del Niño al texto constitucional.

* El título parafrasea el trabajo de BELOFF, Mary, “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”, publicado en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2.004, p. 1-47.

** Profesor en la cátedra de Teoría y Práctica Procesal I (Penal y General), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo.

A pesar de las evidentes contradicciones que el modelo tutelar plantea a la luz de nuestro “sistema constitucional”¹, los tribunales se han resistido a declarar su inconstitucionalidad esgrimiendo varios argumentos, entre los cuales, el más usado es el relacionado con el carácter programático de las normas que contiene el tratado y la necesidad de una reforma legislativa que haga operativos los derechos y garantías que en él se reconocen².

La importancia de la resolución comentada radica en que avanza un poco más. Es decir, no sólo declara la inconstitucionalidad del régimen jurídico vigente –Ley 22.278/22.803- sino que logra, además, dar especificidad y visibilidad a un problema de gravedad: la condición jurídica de los niños menores de dieciséis (16) años en conflicto con la ley penal, también denominados “menores inimputables” o “menores no punibles”.

En esta inteligencia se analizan en forma minuciosa las consecuencias que la reciente Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” ha generado, no sólo en mencionado régimen penal de la minoridad, sino también en el ámbito provincial y, en definitiva, en la condición jurídica de la infancia, al derogar la cuestionada Ley 10.903 de Patronato del Estado y delegar en las autoridades administrativas la imposición y seguimiento de las medidas de protección. La resolución extiende dichas objeciones a la legislación provincial, impugnando también la constitucionalidad de las normas que prevén la posibilidad de imponer medidas de protección privativas de libertad a menores no punibles.

De hecho, en la provincia de Mendoza, un considerable número de niños -menores de dieciséis (16) años- se encuentran privados de libertad en institutos especializados bajo el amparo de esta legislación. Estos institutos –verdaderos centros de detención- han recibido denominaciones de diversa índole tales como: “Instituto Salvador Reta”; “Centro de Orientación Socio Educativa (COSE)”; “Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil -

¹ Empleamos la frase “sistema constitucional” en el sentido que le asignan CAFFERATA NORES, José I., TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Comentado*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2.003, T1, p. 4. De este modo se refieren al “bloque de legalidad” conformado a partir de la incorporación a la Constitución Nacional de los principales tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN).

² BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1.997, p. 623.

Unidad de Medidas Privativas de Libertad” siendo esta última, la que lo identifica en la actualidad. Sin embargo, y a pesar del cambio de nombres, no es posible comprobar -en lo sustancial- transformaciones realmente significativas, pues, como se menciona en la resolución comentada, “sus características difieren muy poco de un establecimiento penitenciario”³.

¿Qué normas rigen la responsabilidad penal de las personas menores de dieciséis (16) años de edad? ¿Qué medidas de protección pueden aplicarse y cuál es el órgano competente para su imposición y seguimiento? Estas medidas, ¿pueden consistir en privación de la libertad?

Estos son algunos de los interrogantes que la resolución intenta responder y que en cierta forma ilustran un marco normativo que podría compararse con una madeja cada día más difícil de desenredar. La inacción de los órganos legislativos en lo que respecta al dictado de una ley que se adecue a los estándares internacionales en la materia, complica aún más las cosas, si tenemos en cuenta que, paralelamente, en los ámbitos provinciales se han dictado normas destinadas a dejar de lado las prácticas e instituciones tutelares⁴ o al menos, eso es lo que se ha pretendido.

A nivel doctrinario, el tema podría compararse con una especie mito o tabú que pocos se atreven a cuestionar. En efecto, la proclamada “autonomía”⁵ del derecho de

³ Recientemente, medios periodísticos informaron que “la provincia de Mendoza ostenta la cifra de 732 niños y niñas privados de libertad, de los cuales el 75% no posee causa penal sino social. Hoy como ayer, los funcionarios con el pretexto de proteger a los niños que se encuentran en una situación de “carencia socio-económica” (léase pobreza), intervienen privándolos del goce de sus derechos. Así, en lugar de ser la excepción –en tanto medida de última ratio como postulan los instrumentos internacionales de derechos humanos- la privación de libertad continúa siendo la regla a aplicar”. Cf. Diario Los Andes, *Pobreza e Infancia: la lógica del encierro*, 22/11/2.006. En todo el país, más de veinte mil (20.000) personas menores de dieciocho (18) años, aproximadamente, se encuentran privadas de libertad, de las cuales más de 2.400 lo están por haber cometido algún delito. Cf. UNICEF y Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, *Situación de niños, niñas y adolescentes en la Argentina*, Buenos Aires, julio de 2006.

⁴ BELOFF, Mary, “Constitución y derechos del niño”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2.005, p. 766.

⁵ Con relación a la autonomía del derecho de menores ver SAJÓN, Rafael, *Derecho de menores*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. El autor señala que “en el estudio del Derecho de Menores podemos encontrar [una] triple autonomía. Posee autonomía legislativa, porque se trata de un conjunto de disposiciones que son susceptibles de integrar un cuerpo orgánico, con independencia formal, llamado Código de Menores o Estatuto de Menores. Posee también autonomía didáctica, porque dicho cuerpo de normas puede ser motivo de una enseñanza particular (...). Posee autonomía jurídica –la más importante-, porque todo su conjunto de normas se encuentra regido por principios generales que le son propios; esto es, que constituye un cuerpo

menores, defendida por medio de un exagerado apego al principio de “especialidad”, ha provocado una especie de aislamiento de esta rama con relación al resto de la dogmática jurídico-penal, legitimándose, de este modo, violaciones a diversos principios fundamentales como el de igualdad y de no discriminación, entre otros⁶.

2) Antecedentes de la resolución:

Con motivo de un proceso en el que se investigaba la intervención de un adolescente de trece (13) años de edad en un delito contra la propiedad, la Fiscalía en lo Penal de Menores requirió al Juzgado en lo Penal de Menores, se pronuncie acerca de la participación del menor “no punible” en el hecho ilícito investigado y reclamó la aplicación de medidas de protección.

El Juzgado en lo Penal de Menores, resolvió tener por acreditada la participación del menor en el hecho investigado y sobreseerlo por encontrarse comprendido en la causal de inimputabilidad prevista por Código Procesal Penal, aplicable en forma supletoria al proceso penal de menores. En cuanto a la imposición de medidas de protección, decidió modificar el criterio mantenido hasta ese momento y “declarar la inconstitucionalidad del art. 1º de la Ley n° 22.278/22.803 en cuanto faculta a la autoridad judicial a disponer provisional o definitivamente de las personas menores de edad “no punibles” respecto de las cuales existiere imputación de un delito; y del art. 114 inc. “e” de la Ley n° 6.354 de la provincia de Mendoza en cuanto habilita al Juez en lo Penal de Menores a tomar medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas”. En consecuencia, resuelve “declinar la competencia para entender en esta causa (...) y remitir la misma en forma definitiva al Juzgado de Familia en turno...”.

autónomo de principios, con espíritu y directivas propias, un Derecho que tiene en sí mismo sus reglas y sus excepciones y que, como sistema orgánico, admite la analogía” (ps. 264, 265).

⁶ En el mismo sentido FERRAJOLI, Luigi, en su prefacio a la obra *Infancia, Ley y Democracia en América Latina (Emilio García Méndez – Mary Beloff compiladores)*, Ed. Temis – Depalma, Santa Fé de Bogotá-Buenos Aires, 1.999, denuncia que “el derecho de “menores” ha estado siempre concebido en nuestra cultura jurídica como un derecho menor, ajeno al horizonte teórico del jurista y escasamente compatible con las avanzadas formas del derecho de los adultos. La mentada “autonomía científica” del derecho de menores (...) se ha transformado de hecho en una autonomía del derecho constitucional, es decir, de aquél sistema de derechos y garantías que constituye la sustancia del actual constitucionalismo democrático”.

3) El nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil:

La Convención Sobre los Derechos del Niño marcó un antes y un después en la consideración de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. En efecto, su incorporación al texto constitucional, en virtud de lo normado por el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, generó la necesidad de transformar un modelo o esquema, en el que los niños eran considerados objetos de protección -denominado “modelo tutelar” o “de la situación irregular”- a un sistema en el que son considerados sujetos plenos de derecho denominado “doctrina de la protección integral”.

Es importante destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la ONU en 1.948, con un afán también proteccionista, dijo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (art. 25, inc. 2). En el mismo sentido se pronunció la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII) que fue aprobada unos meses antes.

Por otra parte, con anterioridad a la Convención de Derechos del Niño, la ONU por resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1.985 aprobó las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing. Además, con posterioridad a la convención se aprobaron las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad por resolución de la Asamblea General de la ONU 45/113 del 14 de diciembre de 1.990. En la misma fecha, por resolución 45/112, se aprobaron también por dicha Asamblea las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, denominadas Directrices del Riad.

Este nuevo paradigma exhibe rasgos o características que lo diferencian por completo del sistema anterior.

En efecto, en lo que respecta a los fundamentos teóricos y filosóficos, se advierte que el modelo tutelar responde a concepciones propias del positivismo criminológico, caracterizadas por una tendencia hacia el derecho penal de autor, donde se tienen en consideración las condiciones personales del niño, pasando a segundo plano la conducta cuya comisión se le atribuye en concreto. El modelo de la protección integral, por el contrario, responde al movimiento que se conoce como “escuela de la reacción social”,

donde la intervención del Estado sólo se justifica como consecuencia de la conducta delictiva, sin tener en cuenta las condiciones personales del joven⁷.

El papel que desempeña el juez es también diferente en ambos 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 contralor del respeto de las garantías constitucionales⁸.

Sin embargo, es sin duda desde el punto de vista procesal, donde se advierten las incompatibilidades más patentes o manifiestas.

En efecto, 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 –eufemísticamente- bajo la excusa de la tutela. De esta manera, el objetivo de “*salvar al niño*”⁹, 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.

En el sistema de la protección integral se reconoce a los niños, niñas y adolescentes los mismos derechos y garantías que corresponden a los adultos en el proceso penal, garantías que deben ser reforzadas y acentuadas en atención a su condición de personas en desarrollo¹⁰. Se trata de un sistema donde las consecuencias por la comisión de hechos ilícitos que se atribuyen a niños o adolescentes, deben ser diferentes de las que se imponen

⁷ BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema...*, op. cit., p. 34.

⁸ BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema...*, op. cit., p. 38.

⁹ PLATT, Anthony, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1.982, p. 31. Señala el autor que “aunque a los salvadores del niño les interesaba retóricamente proteger a los menores de los peligros materiales y morales que presentaba una sociedad cada vez más urbana e industrializada, sus remedios parecían agravar el problema”.

¹⁰ Este plexo de principios y garantías surge claramente de los artículos 37 y 40 de la Convención, donde se mencionan por ejemplo, el principio de legalidad, el estado jurídico de inocencia, el derecho a una defensa técnica especializada, el derecho a no declarar contra sí mismo *-nemo tenetur se ipsum accusare-*, el derecho al recurso, el derecho a la libertad, etcétera.

en el sistema ordinario de personas adultas¹¹. En cuanto a la privación de libertad es considerada *última ratio* y obedece al principio de limitación temporal. Además, sobre la base de los principios de legalidad y excepcionalidad, sólo corresponde su aplicación en casos específica y taxativamente enumerados por la ley, pues la regla es siempre la libertad.

El tema fue analizado en la opinión consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, donde se sostuvo que “Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, (...) *los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado*”¹² (el destacado nos pertenece).

4) Objeciones constitucionales que plantea el régimen penal de la minoridad:

El régimen penal de menores vigente en Argentina (Ley 22.278/22.804) responde, obviamente, al modelo tutelar o de la situación irregular. Fue sancionado en épocas de la dictadura militar y se construyó sobre la base normativa de la Ley 10.903 de Patronato del Estado.

Cataloga a los menores de dieciséis años como “no punibles”, es decir, niños a los que no puede imponérseles, en principio, sanción penal alguna. La expresión da lugar a equívocos, pues no habla de “inimputabilidad”, que dogmáticamente significaría “falta de capacidad de culpabilidad o de responsabilidad”, sino, de falta de punibilidad. La confusión se advierte incluso en el ámbito forense, donde, generalmente estos menores son declarados inimputables y sobreseídos.

Ahora bien, la norma autoriza a “disponer” (provisoria o definitivamente) de los mismos, en caso de comprobarse que se encuentran en “situación irregular” definida

¹¹ Los países que han adaptado su legislación a la Convención Sobre los Derechos del Niño, establecen un sistema diferenciado y gradual de sanciones que va desde la simple advertencia y la amonestación, hasta los regímenes de detención domiciliaria o privación de libertad en institutos especializados. Así por ejemplo, el Estatuto del Niño y el Adolescente de la República Federativa del Brasil (Ley n° 8.069). Ver texto completo en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina...*, op. cit., ps. 207-321.

¹² OC 17/2.002, párr. 54.

mediante conceptos vagos y ambiguos como: situación de abandono, peligro material o moral, problemas de conducta, falta de asistencia, etcétera (art. 1 y 2, Ley 22.278/22.803).

En cuanto a los mayores de dieciséis (16), salvo en el caso de encontrarse imputados por delitos reprimidos con pena que no supere los dos años de prisión, multa o inhabilitación o que se trate de un delito de acción privada, son eventualmente punibles. En efecto, la imposición de pena, respecto de este grupo de adolescentes se encuentra condicionada a que se cumplan tres condiciones: 1) que se declare la responsabilidad penal de menor; 2) que cumpla los 18 años de edad; 3) que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable hasta la mayoría de edad. De todos modos, la ley contempla la posibilidad de reducir la pena de acuerdo a la escala prevista para la tentativa (art. 42, Código Penal) e incluso la alternativa de eximir de sanción al menor. El tratamiento tutelar, que en este caso actúa como presupuesto para la eventual imposición de pena, también consiste en la posibilidad de “disponer” (provisoria o definitivamente) del joven, si se comprueba que el mismo se encuentra en situación irregular (art. 1, 2 y 4, Ley 22.278/22.803).

Ahora bien, es por todos sabido que la “disposición tutelar” implica, en la mayoría de los casos privación de libertad (que a su vez conlleva pérdida de la patria potestad por parte de los progenitores) con la agravante de que el encierro puede prolongarse por tiempo indeterminado o, mejor dicho, hasta la mayoría de edad.

Como lo hemos sostenido en trabajos anteriores¹³, la realidad demuestra que la privación de libertad de personas menores de edad, cualquiera sea la denominación que adopte normativamente, constituye una sanción anticipada con efectos gravemente nocivos y dañinos para el niño o adolescente que la sufre¹⁴. En doctrina, se alude a este fenómeno

¹³ CRIVELLI, Ezequiel, *La internación en el proceso penal de menores. ¿Medida de protección, medida cautelar o adelanto de pena?*, www.apdp.com.ar, 5/11/2006.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As. 2000, p. 178/183 señala que “...la prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona...”. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Imputabilidad y edad penal*, www.iin.oea.org, agrega que por el carácter estigmatizador del derecho penal, la privación de la libertad segrega también al adolescente de su participación socio-política, en tanto destruye todos sus procesos de formación participativa.

como “fraude o embuste de etiquetas”¹⁵ y consiste precisamente en denominar “medidas tutelares o de protección” lo que en verdad son sanciones punitivas. Lógicamente, la principal consecuencia de este engaño la sufre el imputado menor de edad y se traduce en una disminución –por no decir anulación- de garantías constitucionales básicas¹⁶.

Es decir, conforme a este régimen, no interesa cual fue el hecho ilícito que el niño cometió (ni su gravedad) sino, principalmente, las condiciones personales o familiares en las que se encuentra. De este modo, las garantías procesales desaparecen, pues no se reconoce al niño derecho de defensa, tampoco existe derecho a recurrir la decisión adoptada por la autoridad judicial y el estado jurídico de inocencia no juega papel alguno, partiendo de la base de que se autorizan medidas privativas de libertad previas a la comprobación de la existencia histórica de un hecho ilícito.

Desde el punto de vista sustancial, se advierte una evidente transgresión al principio de legalidad y culpabilidad, pues como señala Fellini¹⁷, la Ley 22.278 prevé sanciones que no son consecuencia de conductas típicas, sino de situaciones que tienen que ver con condiciones personales, ambientales y familiares de los menores. La flagrante violación al principio de legalidad, cae en el absurdo de habilitar la intervención estatal, tanto en el caso de menores acusados de la comisión de hechos ilícitos, como respecto de menores cuyos derechos se encuentran amenazados o vulnerados (menores víctimas de delitos). Por otra parte, el modelo legitima la imposición de medidas que, como expresa Carl Stooss¹⁸, “...no se fundan en una acción determinada, sino en el estado de la persona. No se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino de tratarle de modo adecuado a su estado. Esta modalidad decide sobre la forma y duración del tratamiento...”.

En síntesis, 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

¹⁵ Expresión acuñada por KOLSRAUSCH, E., en su trabajo “Sicherheitshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand” en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 44, 1924.

¹⁶ CSJN in re “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa “Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus”, 03/05/2005, publicado en *Actualidad Jurídica de Córdoba. Derecho Penal*, II, v. 43, junio de 2005, p. 2709 y ss., sostuvo que “...es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente”.

¹⁷ FELLINI, Zulita, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 62-66.

¹⁸ STOOSS, Carl, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien u. Leipzig, 1913, p. 192, citado por ZAFFARONI, Raúl E., en su obra *El enemigo en el derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 94.

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.

5) Evolución de la jurisprudencia:

En la motivación del fallo objeto de análisis se mencionan los pronunciamientos que mayor trascendencia han tenido en materia penal juvenil. Lo paradójico, es que estos precedentes hayan sido emitidos por órganos judiciales no especializados en minoridad¹⁹, lo que constituye una prueba más de los efectos *no deseados* de la autonomía científica del derecho de menores y de la defensa a ultranza del principio de especialidad.

Los fundamentos de estos precedentes comparten un hilo conductor idéntico: la incompatibilidad del régimen penal de la minoridad con el “sistema constitucional”.

Uno de ellos es el caso “*Famoso*”²⁰ donde la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las medidas limitativas de la libertad en el proceso penal de menores, entendiendo que los principios constitucionales que limitan la imposición y mantenimiento de las medidas de coerción personal en el proceso penal, “rigen independientemente de la edad de la persona sometida a proceso”. Que las normas relacionadas con el derecho a permanecer en libertad durante la tramitación del proceso deben interpretarse “de manera tal que se resguarden los derechos y garantías de los que son titulares los imputados menores de edad. Esto supone entre otras cosas, el respeto por el derecho a la libertad personal y el principio de inocencia del adolescente sometido a proceso”. Sostuvo que “cualquier medida que se adopte durante el proceso respecto de un joven imputado de la comisión de un hecho sancionado por el Código Penal como delito –incluida la internación– sólo puede justificarse por motivos cautelares”. Por último, el Tribunal analiza el contenido de los artículos 2 y 3 de la ley 22.278/22.803, advirtiendo una “evidente contradicción” de estas normas con las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y los pactos internacionales sobre

¹⁹ CRIVELLI, Ezequiel, *La internación...*, op. cit., p. 12.

²⁰ CN en lo Crim. y Corr., Sala I, 17/03/2004, “*Famoso, E. y Otro*”, *La Ley*, 2004-D, 194, *La Ley*, 2004-D, 809, *DJ*, 01/09/2004, 9, con nota de Verónica I. Gigante – Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal – Andrés José D’Alessio, 204.

Derechos Humanos a ella incorporados por el artículo 75, inc. 22. Particularmente, se cuestiona la violación del derecho al debido proceso y el principio de inocencia “que exigen que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena”.

El otro precedente es sin duda el caso “*Maldonado*”²¹, donde por primera vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo entre otras cosas que una de las características censurables de la justicia 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 a “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”.

Es muy interesante la comparación que se realiza entre el caso “*Maldonado*” y el reciente fallo “*Gramajo*”²² pues, si bien en este último no estaba en discusión la condición jurídica de los menores, el Alto Tribunal se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad que implican privación de libertad, equiparándolas -lisa y llanamente- a las penas.

6) Repercusiones de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes:

El día 28 de septiembre de 2005 se sancionó la Ley 26.061, cuyos lineamientos principales coinciden, en general, con los postulados de la doctrina de la protección integral consagrada por la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, la norma ha generado acaloradas polémicas. Así, hay quienes han llegado a considerarla una norma “en parte inútil y en parte peligrosa”²³ y otros que, por el

²¹ CSJN, “*M., D. E. y otro*”, 17/12/2005, *La Ley* 2006-C, 288, con nota de María Angélica Coma Ojeda – *La Ley* 2006-B, 80, con nota de Fabio H. Procajlo.

²² CSJN, “*Gramajo, Marcelo E.*”, 05/09/2006, publicado en *La Ley*, Sup. Penal 2006 (setiembre), 65 – DJ 25/10/2006, 547, con nota de Adrián Norberto Martín.

²³ BELLUCIO, Augusto C., *Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061*, *La Ley*, 24/02/2006, 1.

contrario, la han defendido como un avance de trascendencia en lo que respecta a la consideración jurídica de la infancia²⁴.

Sin enrolarnos en una postura determinada, intentaremos analizar los aspectos de mayor trascendencia de esta ley, tanto en el ámbito legislativo nacional como provincial.

a) A nivel nacional:

Evidentemente, uno de los puntos de mayor importancia es la derogación de la Ley 10.903 de Patronato del Estado y con ella el instituto de la “disposición tutelar”. Es sin duda uno de los aspectos que mayor incidencia posee en lo que respecta al Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22.278/22.803) pues, como lo mencionamos anteriormente, el mismo prevé también la posibilidad de disponer de los menores por tiempo indeterminado, lo que obviamente abarca la posibilidad de privar de libertad.

Según se desprende de los fundamentos de la resolución comentada, dicha posibilidad de disposición tutelar habría sido tácitamente derogada por la Ley 26.061, pues la misma reconoce una serie de derechos y garantías sobre las base de los cuales debe abordarse cualquier vulneración de derechos de los niños y adolescentes, eliminando de este modo toda posibilidad de disposición judicial de naturaleza tutelar. Específicamente, en su artículo 36, establece que las medidas de protección en *ningún caso podrán consistir en privación de libertad*.

En consonancia con lo establecido por las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, la ley define que por “privación de libertad”, debe entenderse “la ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar donde no puede salir por su propia voluntad” (art. 19, Ley 26.061), aclarando el decreto reglamentario n° 415/06 que esto incluye “tanto a establecimientos gubernamentales como no gubernamentales”.

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, deberán desarrollarse en el ámbito administrativo local. El objetivo de esta

²⁴ FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa, *Crónica de una ley anunciada y ansiada*, publicado en ADLA, Bol. 29/2005, p. 2; MIZRAHI, Mauricio Luis, *Los derechos del niño y la ley 26.061*, La Ley, 16/12/2005, p. 1 y ss.

transformación estaría vinculado con la necesidad de preservar a los jueces en funciones de carácter puramente técnico, 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 administrador nacional, provincial y municipal. En este orden, la ley crea 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 nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y reestablecimiento de los derechos de los niños.

En consecuencia, el fuero penal de menores sólo deberá actuar cuando a una persona menor de edad imputable o punible –es decir, mayor de dieciséis (16) años– se la acuse de haber cometido un delito. En este contexto, la imposición de medidas privativas de libertad –previas al dictado de una sentencia declarativa de responsabilidad penal– sólo podrá ser justificada por motivos de naturaleza *cautelar*, es decir, de carácter instrumental, tendientes a neutralizar un eventual peligro procesal (de fuga o entorpecimiento probatorio), como se sostuvo en el precedente “*Famoso*” citado anteriormente.

En lo que respecta a los menores “no punibles” la posibilidad de privación de libertad desaparece por ausencia de fundamento jurídico que legitime su imposición, al menos en el ámbito de la justicia penal. En efecto, al no existir expectativa de pena alguna, la aplicación de los principios que rigen en materia de coerción personal (excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, necesidad, etcétera) excluye por completo la posibilidad de privar de libertad a título cautelar. En efecto, el proceso penal en el que alguno de estos menores se encuentre eventualmente involucrado estará destinado a finalizar en un auto de archivo o sobreseimiento, por lo que la imposición de medidas cautelares previas quedará absolutamente vacía de contenido²⁵.

De todos modos, la privación de libertad de estos menores, en el marco de la justicia penal juvenil, es absolutamente ilegítima, no sólo porque no puede justificarse a título cautelar, sino porque además, constituye una clara violación a los principios de legalidad, al

²⁵ CRIVELLI, Ezequiel, *La internación...*, op. cit., p. 8.

derecho penal de acto, al principio de culpabilidad, al principio de inocencia, al principio de mínima intervención y debido proceso legal.

Así lo expresa el juez en lo penal de menores en la resolución comentada, donde con gran claridad sostiene que “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 n° 26.061 sino también con las garantías constitucionales consagradas en el Capítulo Primero de la Constitución Nacional y con el bloque de constitucionalidad federal que incluye la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos”.

b) A nivel provincial:

La provincia de Mendoza fue pionera en lo que respecta al dictado de una ley de minoridad adecuada -en gran parte- a la Convención Sobre los Derechos del Niño. En efecto, la Ley 6.354 de “Protección Integral del Niño y el Adolescente”, organizó el fuero penal de menores reglamentando un debido proceso, de carácter marcadamente acusatorio, donde se reconocen al niño garantías procesales básicas como el derecho a una defensa técnica especializada, el derecho al recurso, el estado jurídico de inocencia, etcétera, en consonancia con los estándares internacionales en la materia.

Si bien esta norma constituyó un avance significativo en comparación con la legislación anterior²⁶, posee innumerables vacíos e inconsistencias de carácter técnico, que reproducen dispositivos del modelo de la situación irregular²⁷. Uno de ellos, se relaciona precisamente con las llamadas “medidas de protección” entre las cuales se incluye, por supuesto, la “internación” como medida privativa de libertad.

²⁶ La Ley de menores n° 1.304, que establecía un procedimiento especial para los menores que incurrieran en conductas delictivas. Se fundaba en la doctrina de la situación irregular y habilitaba una intervención judicial de naturaleza absolutamente discrecional, donde las garantías procesales y sustanciales no jugaban papel alguno.

²⁷ BELOFF, Mary, “Comentario al proceso de reforma legislativa en la República Argentina”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina...*, op. cit., p. 119.

En este sentido la ley autoriza al Juez en lo Penal de Menores a imponer medidas de protección a menores “no punibles” o “inimputables” (art. 114, inc. e) y 115, Ley 6354). Tales medidas de protección pueden significar privación de libertad (internación) la que, en caso de incumplimiento reiterado e injustificado de las medidas impuestas anteriormente, puede extenderse por un período de hasta tres (3) meses (art. 192 inc., b), Ley 6354). Además, en caso de que el acto infractor haya sido cometido mediante grave amenaza a la integridad física o violencia en las personas la internación puede prolongarse hasta un (1) año (art. 192 inc. a) y 194, Ley 6354).

Es evidente que tal medida resulta contraria al principio de proporcionalidad, si tenemos en cuenta, como se menciona a título ejemplificativo en la resolución comentada, que si un niño “no punible” incumple en forma reiterada e injustificada con la asistencia obligatoria a un establecimiento escolar, podría ser internado (privado de su libertad) por el término de tres (3) meses. Por otra parte, se contrapone con lo normado por la reciente Ley 26.061, en tanto ésta prohíbe su artículo 36, la imposición de medidas de protección que consistan en privación de libertad.

De ahí que los conocidos reparos constitucionales del régimen penal de menores nacional se trasladen por efecto contagio y como consecuencia de la derogación del Patronato del Estado a la legislación provincial, en tanto y en cuanto contradigan los principios y garantías constitucionales básicas.

7) Nuevos interrogantes:

En primer lugar, nos preguntamos cuál es el alcance de las facultades del Congreso Nacional para legislar en lo que respecta a las denominadas medidas de protección integral de derechos de la infancia. En concreto: ¿Puede el legislador nacional establecer a quien corresponde su imposición y seguimiento en el proceso penal juvenil? ¿No se trata en realidad de una facultad reservada –no delegada- por las provincias?

No hay duda de que corresponde al Congreso dictar una norma que establezca claramente las consecuencias penales de las conductas típicas cometidas por niños y adolescentes. Sin embargo, las demás cuestiones “no penales” tales como las de carácter procesal o las vinculadas con la protección integral de los niños y adolescentes

corresponden, en principio, a la órbita provincial, tal como ha venido desarrollándose hasta el momento el proceso legislativo a nivel provincial. Como expresa Beloff, una ley federal debería ser una “ley marco” simplemente, que establezca las líneas generales que deben orientar las políticas de protección de la infancia²⁸. En consecuencia, le está vedado al Congreso Nacional invadir competencias locales como las relacionadas con los órganos encargados de la imposición y seguimiento de este tipo de medidas²⁹.

Por otro lado, en lo que respecta a la delegación de competencias judiciales a los órganos de la administración, consideramos que el control de legalidad previsto por la norma (art. 40 y 42, Ley 26.061) es insuficiente y genera cierta desconfianza, teniendo en cuenta la gravedad de las medidas que podrían llegar a imponerse. Recordemos que la Convención Sobre los Derechos del Niño en su art. 37, D), establece que siempre que se considere que un menor ha infringido las leyes penales, tendrá derecho a que “esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”, por lo que es imprescindible prever un control judicial amplio -por vía recursiva- ante los tribunales competentes a los efectos de controlar y revisar tanto el procedimiento como la decisión administrativa de que se trate³⁰.

Además, advertimos con preocupación la incierta situación de aquéllos niños internados en institutos especiales a disposición de juzgados en lo penal de menores bajo el amparo de la derogada Ley de Patronato del Estado. ¿Cuál será el destino de estos menores? ¿Ha sido analizada su condición con debida anticipación?

Naturalmente, la respuesta excede el contenido de este trabajo, pero, adelantándonos un poco, podemos mencionar que ni siquiera el decreto reglamentario 415/06 de la Ley

²⁸ BELOFF, Mary, “Constitución y derechos del niño”, op. cit., p. 791.

²⁹ En el mismo sentido BELLUCIO, Augusto C., *Una ley en parte...*, op. cit., quien sostiene que la delegación que la ley realiza al “órgano administrativo competente local” para dictar medidas de protección integral de derechos constituye un “inconstitucional avance sobre las facultades de las provincias, las cuales no pueden ser obligadas a atribuir a la administración funciones judiciales, tales como la determinación de con quién o con quiénes debe convivir el menor (art. 37, inc. a y e)”. Con relación a los órganos encargados de controlar las políticas de protección de la infancia el autor entiende que cada provincia debe determinar cuáles son las autoridades de aplicación de la ley, por lo que “no se comprende cómo las provincias podrán no respetar su propia autonomía ni la ley nacional suprimir las instituciones provinciales preexistentes (ni tampoco dictarles cuáles deben ser éstas en el futuro)”

³⁰ En el mismo sentido PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Operatividad y constitucionalidad de la ley 26.061*, La Ley, 23/05/2006, 1.

26.061 contempla de un modo preciso y claro esta situación. Asimismo, la opción de derivar estos casos a la justicia de familia, como se ordena en la resolución aquí comentada, no convence a nadie en cuanto a su efectividad si tenemos en cuenta el grado de colapso por el que atraviesa dicho fuero en la actualidad.

Estas cuestiones de principio, a nuestro modo de ver, ponen en duda la legitimidad misma de la Ley 26.061, lo que agrava el intrínquis normativo reinante en la materia. El principal inconveniente deriva del hecho de no existir, en nuestro país, una norma base – acorde al sistema constitucional- que contemple en forma precisa, clara y coherente las consecuencias de la infracción penal cometida por personas menores de edad. El legislador debería haber comenzado por diseñar un sistema jurídico de responsabilidad penal juvenil, sin que ello implique minimizar la importancia funcional de los órganos encargados de imponer y controlar las medidas de protección de derechos, lo que de todos modos, debería quedar a cargo de las provincias, en el ámbito de sus respectivas órbitas legislativas.

Este desorden, marcado por inconsistencias sistemáticas, vacíos normativos por un lado y superabundancia reglamentaria por el otro, termina poniendo en duda la eficacia de la Ley 26.061 y opaca, lamentablemente, aspectos plausibles de la misma, tales como la derogación del Patronato del Estado y la prohibición de medidas de protección privativas de libertad a las que hicimos referencia en apartados anteriores.

8) Algunas consideraciones finales:

Es importante no dejarse llevar por el entusiasmo de reformas legislativas a veces apresuradas, carentes de suficiente estudio y análisis previo. La euforia no es buena consejera a la hora de construir o implementar reformas integrales en determinadas materias altamente sensibles como las relacionadas con los niños y el derecho penal.

La resolución que comentamos demuestra las inevitables consecuencias de dictar leyes sin analizar mínimamente los efectos de su aplicación. Los jueces se ven en la incómoda obligación de forzar interpretaciones, declarar inconstitucionalidades y saltar al vacío por ausencia de reglamentación legítima, correctamente fundamentada, ordenada y coherente. De este modo, terminan haciendo lo que les está vedado: legislar.

En síntesis, 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 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.

En primer lugar y de una vez por todas, debe dictarse una norma que se adecue a las normas internacionales y constitucionales en la materia: una ley de responsabilidad penal juvenil que reemplace el anacrónico y cuestionado –pero aún vigente- régimen penal de la minoridad (Ley 22.278/22.803). Por su parte, cada una de las provincias deberá adaptar su legislación a este cuerpo legal, reglamentando el modo en que deberá implementarse el seguimiento de las políticas de protección de derechos en materia penal juvenil, en especial, lo relacionado con la imposición y seguimiento de medidas de protección integral de la infancia.

No debemos conformarnos con que el aseguramiento de los derechos y garantías proclamados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales de derechos humanos sea un conjunto de promesas incumplidas. Tampoco debemos olvidar que el derecho penal de menores, quizás en mayor medida que el derecho penal de adultos, se caracteriza por su alto grado de selectividad. Es evidente que está orientado al control de un sector de la población con serios problemas de exclusión social, por lo que se impone tomar conciencia de que, sin posibilidad de goce igualitario de los derechos fundamentales económicos y sociales para todos³¹, será difícil legitimar el poder punitivo, máxime cuando de niños y adolescentes se trate.

³¹ FERRAJOI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, trad. de P. Andrés Ibáñez, I. Anitua, M. Monclús Masó y G. Pisarello, Madrid, 2004, p. 106, 125 y siguientes.