

# **“El Estado en situación irregular respecto de niñas, niños y adolescentes”**

**Y sobre cómo la reparación puede coadyuvar a una política de protección integral y acotante del poder punitivo.**

**Por Alejandro Javier Osio<sup>1</sup>**

*“En las Américas y también en Europa,  
la policía caza estereotipos,  
culpables del delito de portación de cara.  
Cada sospechoso que no es blanco confirma la regla escrita,  
con tinta invisible,  
en las profundidades de la conciencia colectiva:  
el crimen es negro, o marrón, o por lo menos amarillo. ...  
En un mundo que prefiere la seguridad a la justicia,  
hay cada vez más gente que aplaude  
el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad.  
En las calles de las ciudades, se celebran las ceremonias.  
Cada vez que un delincuente cae acribillado,  
la sociedad siente alivio ante la enfermedad que lo acosa.  
La muerte de cada malviviente  
surte efectos farmacéuticos sobre los bienvivientes”  
Eduardo Galeano “Patás Arriba”*

---

<sup>1</sup> Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de La Pampa. Defensor Oficial en lo Penal y de Faltas de la Primera Circunscripción Judicial de La Pampa.

De modo preliminar diremos que si bien se ha escrito mucho respecto del tema de la situación actual de niñas, niños y adolescentes en nuestra región, como así también sobre algunos aspectos jurídicos en particular de la cuestión, en este trabajo nos ceñiremos al análisis de la recepción estatal del nuevo paradigma de la protección integral cimentado a nivel transnacional por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) pero desde la compulsa de la jurisprudencia nacional y provincial, lo que ya de por sí va a acotar de manera sustanciosa el ámbito de estudio, para tratar de entender de qué modo los actores jurisdiccionales la han comprendido, qué consideraciones han efectuado a su respecto, y verificar ello en conjunto con lo hecho en el ámbito ejecutivo y legislativo, para arrojar luz sobre varias cuestiones que, en definitiva, redundarán en lo siguiente: ¿a más de 20 años de la aprobación y puesta en vigencia de la CDN, y a 16 de su incorporación a la Constitución Nacional de nuestro país, no es el Estado Nacional y los Provinciales los que se encuentran ahora –y desde siempre- en situación irregular? ¿No es la situación irregular del Estado una de las razones de la delincuencia juvenil?

Como segunda medida y quizá como el esbozo de una posible respuesta a los casos judicializados, veremos someramente la utilidad de la reparación en el ámbito de los conflictos penales, pero como primera vía en miras a su resolución en el ámbito juvenil.

Al inicio de esta tarea y antes de emprender nuestro viaje en busca de los fallos que nos sean útiles para abordar el área temática escogida, con sólo mirar por la ventana hacia el exterior e interior de nuestro país, puede verse claramente y sin necesidad de mayor rigor científico que con ciertas excepciones muy loables, no mucho se ha avanzado en la problemática de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, desde el ámbito estatal, y parecen ser las ONG las instituciones encargadas de cargar con el mayor peso y la mayor responsabilidad social en miras a un mejor futuro de los actuales desprotegidos de siempre.

En fin, trataremos de esbozar ideas que rondarán sobre dos directrices, por un lado que las irregularidades en la situación de los jóvenes son responsabilidad del Estado, y por otro que la reparación en el ámbito penal como primera vía, conduce al nuevo paradigma de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La metodología que utilizaremos consistirá en dos estudios diferenciados por su metódica y tendrán lugar necesariamente uno después del otro en el tiempo.

Emplearemos una metodología de tipo cualitativa que nos permita conocer algunas representaciones sociales de un actor determinado, el Poder Judicial.

Primeramente haremos un estudio con base empírica utilizando como fuente documental la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros Tribunales de nuestro país, y en segundo término se analizarán los resultados obtenidos, conforme a un marco teórico determinado y las ideas directrices o principios rectores que podamos extraer de los fallos analizados, no sin hacer en su decurso un análisis discursivo y contextual de ese material.

Luego de ello, se hará un análisis teórico para tratar de explicar el estado actual de la cuestión, entender mejor en qué estadio no encontramos en el avance hacia la efectivización concreta de los derechos reconocidos internacionalmente en el área temática en cuestión,

describirlo e intentar luego dar algunas respuestas a los interrogantes que se nos irán planteando según surjan de la jurisprudencia en examen.

Finalmente, proponer en definitiva una solución alternativa a la pena tradicional que consistirá en la reparación como primera vía para la resolución de conflictos penales juveniles, como conclusión de lo analizado y del marco teórico propuesto, si es que esto es posible luego de la profundización y el avance del estudio, y si no deberá reformularse necesariamente.

Deberemos tener en cuenta siempre en esta empresa, que la legislación penal tiene como caracteres que es discontinua y sancionadora, de lo cual resulta que, en principio, la criminalización es excepcional, en tanto que la no criminalización es la regla, por ende, ante las palabras de la ley, deberá estarse siempre a la interpretación más restrictiva del poder punitivo que ellas permitan, máxime teniendo en cuenta que el resultado final de la punición o no en nuestras latitudes es, como lo dice Binder, "...que a un ser humano se lo deposita en una cárcel que lo degrada más allá de lo imaginable. Poner límites a *esa arbitrariedad*, y *no a una abstracta*, es la función práctica que debe retomar con fuerza la dogmática penal, abandonando la idea de *corpus*, que finalmente tiene tintes moralistas, reconociendo las diferencias entre el análisis político criminal y su propio trabajo, abandonando el saber burocrático y los "guetos" de autosatisfacción intelectual, y reconociendo que toda decisión se toma en el marco de un contexto procesal e institucional y que ello influye de un modo determinante en una adecuada hermenéutica de los textos que deben nutrir ese proceso de toma de decisiones...".<sup>2</sup>

En este trabajo relevaremos cuatro fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por ser el máximo intérprete de la Constitución Nacional, uno de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, y uno de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I, por la importancia y profundidad de sus consideraciones, y dos fallos más, uno del Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, de Mendoza, y el restante del Tribunal de Menores n° 3 de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, por ser Tribunales especializados en el tema y haberse pronunciado de modo contundente, como tendremos oportunidad de ver.

Analizaremos en tales fallos las siguientes cuestiones:

- A) Consideraciones efectuadas en torno al paradigma de protección de derechos y la CDN.
- B) Situación jurídica de niñas, niños y adolescentes.
- C) Internación en establecimientos totales y prisión.
- D) La legislación actualmente vigente en nuestro país a nivel nacional y de las provincias.
- E) Operatividad de la CDN y por otro lado subsistencia del paradigma tutelar.
- F) Situación institucional y su estado de adecuación a la CDN.
- G) La respuesta estatal en relación a la responsabilidad juvenil.
- H) Postura del Poder Judicial en la voz de los máximos Tribunales.

<sup>2</sup>

Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Penal". Editorial Ad-Hoc. 1ª ed. Bs.As. 2004, pág. 74.

Teniendo en cuenta que este actor –Poder Judicial en la voz de los Tribunales escogidos- resulta clave en la significación real que adquieren los discursos jurídicos. Sin perjuicio de lo cual, no queremos decir con esto que dichos discursos efectivamente se traduzcan de manera inmediata en un cambio en las prácticas de otros actores (a pesar del imperium y el uso de la fuerza). Sin embargo, entendemos con Bourdieu que estos discursos son prácticas en el campo jurídico y tienen un papel jerarquizado en la visión regular del mundo, un efecto simbólico muy importante que redundan en el reconocimiento y adhesión tácita de otros actores a la misión que imponen.

### **Planteo del problema.**

A poco de transitar un tanto detenidamente por la lectura de la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como comparada en relación al tema de la niñez y el sistema penal, aparecen palmarios los enconos en torno a cuestiones jurídicas, sociales, antropológicas y humanitarias, entre otras áreas del saber, pero fundamentalmente las mayores disquisiciones actuales se suceden en el tema del abordaje, ya estatal o no, de la problemática de los niños en conflicto con la ley penal. Y las respuestas a esta cuestión, fundamentalmente las jurídicas y/o institucionales se incardinan masivamente en clave binaria, es decir, más penalización y prisionización, con flexibilización de garantías procesales –enemigos- o abolicionismo penal y abordaje social-integral –amigos- de los “menores”, sin dejar de reconocer que hay posturas que podríamos denominar eclécticas o mixtas, las restaurativas o educadoras y las de derecho penal mínimo, por ejemplo.

En la disputa por decir el derecho hay tensiones en pugna. El Poder Judicial es un sujeto clave en la interpretación y en esa disputa por decir qué es el derecho. Las distintas visiones sobre el derecho se configuran a partir de diferentes visiones de la realidad a las que deben aplicarse las normas jurídicas, una realidad que se construye a partir de diferentes interpretaciones científicas y de sentido común, interpretaciones que se yuxtaponen, que se han sedimentado unas sobre otras y se ponen de manifiesto en las prácticas discursivas de los actores sociales.

Los enconos en clave binaria que enunciamos tienen como raíz en la problemática en examen, dos paradigmas diferentes. Por un lado el denominado “Modelo Tutelar o de la situación irregular” y por el otro el llamado “Modelo de la protección integral de derechos”.

Ahora, qué supone cada uno de ellos, veamos<sup>3</sup>:

El “Modelo Tutelar o de la situación irregular” se originó en Estados Unidos a fines del siglo XIX por el Movimiento de los Reformadores, como respuesta a la indignación que provocaba la promiscuidad y condiciones carcelarias de los niños y adolescentes en las cárceles de adultos, y que formó parte de lo que se conoció como “el movimiento de los Salvadores del Niño”.

---

<sup>3</sup> En la descripción de los modelos seguiremos fundamentalmente tres obras: Beloff, Mary “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. 2º reimpresión. Editores del Puerto. Bs. As. 2008; Gomez da Costa, Antonio Carlos “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente”, en AA.VV., Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases par a una reforma legislativa. Editorial Galerna. Bs. As. 1992; y Gandur, Antonio “Actividad del Poder Judicial frente a los adolescentes en conflicto con la ley penal”, publicado en fecha 22/11/2007 en [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)

Está fundado teóricamente en la escuela etiológica, es decir, en el positivismo criminológico de fines del siglo XIX y principios del XX, que comprendía a la pena como la respuesta científica a la anormalidad del delincuente y al procedimiento como una investigación en ese sentido.

Desde este paradigma se considera a los destinatarios de las normas como “menores”, en el sentido de incompletos e incapaces. Es decir, se los define por sus carencias, para cosificarlos como “objetos de protección”, dignos de “tutela”. Centra la atención en la persona y la considera como desprotegida y/o desviada, por ello debe actuar el Estado a través de instituciones totales, en el primer caso como una especie de *pater familiae* para el menor y en el segundo para corregir su desviación.

La visión de la infancia desde esta óptica es necesariamente fragmentada, puesto que sólo se visibiliza al menor por la situación en que se encuentra, por ejemplo de calle o de delito, y a razón de ello se le brinda una “ayuda o caridad estatal”, que por su carácter de tal no genera obligaciones para el Estado que brinda la ayuda y protección.

Para “ayudar” o “proteger” no interesa la opinión del niño, puesto que se lo desmerece, se lo subestima mediante la exaltación de sus carencias, se los define a partir de lo que no saben, no tienen, no pueden o no son capaces de hacer o conseguir, como una “isla rodeada de omisiones”<sup>4</sup> no se lo considera como una persona en desarrollo sino como una cuasi-persona -si se me permite el término-. El supuesto en el que debe encontrarse el menor así concebido para habilitar la intervención estatal (tutela) debe configurar lo que se denomina “situación de riesgo o peligro moral o material”, “situación irregular” o ya “circunstancias especialmente difíciles”. Estas están configuradas por omisiones y/o deficiencias de los adultos y del Estado que han generado o coadyuvado a que el niño forme parte de un estado situacional determinado que habilita a aquél a intervenir, y esa intervención, general y mayoritariamente –por no decir únicamente-, ha consistido históricamente en la “disposición” arbitraria del menor mediante la internación en instituciones totales similares a la prisión para adultos –o peores-.

Esa respuesta estatal se produce en un ámbito no especializado, en el que el juez aparece como la figura con facultades omnímodas, es juez, padre, acusador, decisor y protector. Debe actuar como un “buen padre de familia” y ejecutar políticas sociales y asistenciales, a la vez que ejerce su actividad jurisdiccional, por lo que con esta centralización de tareas se confunde lo asistencial con lo penal y, por ende, la administración con la judicialización.

Esta “protección” o “corrección” que el Estado brinda como respuesta hacia la persona de los menores “desprotegidos” o “delincuentes”, respectivamente, viola o restringe muchos de los derechos de los involucrados directos, por ejemplo porque sin las garantías constitucionales del debido proceso se los priva de su libertad mediante medidas coactivas que encima pueden ser por tiempo indeterminado, pero ello se justifica aludiendo a que la “situación” en que se encuentran lo requiere.

---

<sup>4</sup> Gomez da Costa, Antonio Carlos “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente”, en AA.VV., *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases par a una reforma legislativa.* Editorial Galerna. Bs. As. 1992, pág. 138.

Esas medidas de protección o tutelares trascienden al niño, ya que se lo separa de su familia y se lo interna para su “cuidado” o “rehabilitación-corrección”. Probado está históricamente que los institutos de internación, del menor, correccionales, de rehabilitación, etcétera, etcétera, más allá de que sean criticables las razones que los fundan, además, lejos han estado de cumplir con alguno de los fines proclamados.

En relación a los “menores” que han cometido delitos, se les aplica directamente un derecho penal de autor, y un procesal inquisitivo, sin debido proceso, que los estigmatiza, les fija un rol determinado, los cosifica en pos de una prevención especial con tintes particulares, y los prisioniza, aunque con otro nombre. Es más, independientemente de su conducta, se institucionaliza y judicializa al menor marginal selectivamente.

En realidad, desde el origen de un proceso tutelar y hasta su fin –si es que tiene-, se vulneran muchos derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, que, parangonados, ningún adulto soportaría en el estado actual de la legislación. No sólo eso, como si fuera poco, sino que en la construcción y legitimación del andamiaje necesario para ello, desde el lenguaje, con la utilización multirecurrente al “embuste de etiquetas”, pasando por las creaciones teórico-jurídicas hasta llegar a los institutos totales estatales mediante los cuales se prisioniza a los “menores”, todo se pregona en pos de mayor beneficios para estos, cuando en realidad lo que se encubre es que se los considera “peligrosos” y por ello hay que separarlos de la sociedad, por ser integrantes conflictivos, que alteran el orden pre-establecido, aún cuando no hayan cometido delito alguno. Su marginalidad, el no haber pasado por los carriles establecidos de formalización, ponen de manifiesto su desvío y peligrosidad social.

A este modelo pertenecen las leyes nacionales: n° 10.903 del Patronato de Menores, más conocida como “Ley Agote”, que regía desde 1919, ahora derogada, que habilitaba, por ejemplo, a internar al niño sólo por su situación de pobreza, segregándolo de su familia y estigmatizándolo; n° 22.278 de 1.980 y 22.803 de 1983, las cuales disponen el “Régimen Tutelar del Menor” a nivel nacional, y que habilitan a la disposición integral del menor por parte de un juez omnímodo, considera a los menores de 16 años de edad inimputables –arts. 1 a 3 de la primera, modificada por la segunda de ellas-, entre muchas otras cuestiones que completan el programa tutela estatal para menores en conflicto con la ley penal pero también para los “desprotegidos”; y por último a nivel de la provincia de La Pampa contamos con la Ley 1270 “Régimen de Protección a la Minoridad y Creación del Fuero de la Familia y el Menor en el Poder Judicial” del año 1990 que se enrola, en lo específico, al modelo tutelar detallado precedentemente, ver por ejemplo la facultad al juez para disponer del menor en estado de abandono o peligro moral y material –art. 3, inc. a)- o que hubiere cometido un delito –art. 17-<sup>5</sup>.

El otro paradigma, denominado “Modelo de la protección integral de derechos” se inicia como proceso en la década del 60 también en Estados Unidos con el famoso caso “Gault”, a

---

<sup>5</sup> Debemos decir además, que la Cámara de Diputados provincial ha dictado en el año 2010 una Ley Orgánica del Poder Judicial -n° 2574- en el marco del proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal –de tinte acusatorio- sancionado mediante ley 2287 del año 2006, y puesto en vigencia el 01/03/2011-, que mantiene la estructura del Juzgado de Familia y Menor en su estado actual, con un Secretaría Penal y una Civil, y no se crea un fuero de responsabilidad penal juvenil específico.

partir de la decadencia del modelo anteriormente descrito y se concreta internacionalmente con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989.

Este nuevo modelo está fundado teóricamente en los postulados de la escuela de la reacción social, que supuso una ruptura con el modelo etiológico en lo penal y criminológico, por lo que la habilitación del Estado para intervenir ya no se fundarían en las características del sujeto sino en la conducta delictiva concreta<sup>6</sup>, aunque reconocemos que es mucho más paradigmático que esto el cambio que generó esta corriente.

Respecto del destinatario de las normas e instituciones, se los denomina niñas/os y jóvenes/adolescentes, reconociéndolos no como “menores-incapaces” en relación a los “mayores-capaces” sino como personas en desarrollo, capaces relativos. Se los distingue de los adultos por una cuestión etaria y de etapa evolutiva personal pero no se los menosprecia ni se los trata como menos que aquéllos.

Son considerados sujetos de derechos y no objetos de protección, desaparece así la cosificación de las personas que no han llegado aún a una determinada edad, y se los define de manera afirmativa. Como consecuencia de ello se les reconocen todos los derechos humanos por su calidad de persona, con más los específicos en relación a su situación etaria.

Como su sistema de derechos y obligaciones está dirigido a todos los niños, niñas y adolescentes, se considera la universalización de la infancia y no la fragmentariedad propia del sistema tutelar, por ende, las nociones de exigibilidad de su cumplimiento y de responsabilidad por sus violaciones cobran fuerza.

Una vez individualizada una situación problemática, en miras a su resolución ya judicial o no, es central la opinión del niño, puesto que la resolución deberá tomarse siempre en atención al interés superior de aquél, que tiene además, el derecho a ser oído y expresar sus ideas e intenciones como cualquier persona en un estado constitucional de derecho.

Los supuestos que habilitan la intervención estatal estarán configurados en este modelo por la afectación o amenaza a derechos determinados de los niños, por lo que quienes se encontrarán en una “situación irregular” serán los adultos de su familia, de la comunidad o del Estado, y serán ellos quienes deberán resolver “los mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales”<sup>7</sup> para resolver los problemas suscitados.

Las características de la respuesta estatal a las cuestiones suscitadas en el marco de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, campean en la descentralización del abordaje de las diferentes problemáticas que releven los casos que se presenten, y esto supone respuestas por parte de diferentes agencias estatales y no estatales, como también por parte de las familias, junto al niño, niña o adolescente protagonista; la separación entre lo asistencial y lo penal, para especializar los abordajes y para diferenciar esencialmente a la persona que ha cometido un delito

---

<sup>6</sup> Mary Beloff en la obra citada en nota 1, pág. 35 remite a Baratta y a Taylor, Walton y Young, para un mejor entendimiento de los postulados criminológicos que supuso el enfoque de la reacción social o labelling approach, lo que nosotros a su vez, reiteramos, en atención a que el detenimiento en tales cuestiones excederían el marco previsto para este trabajo.

<sup>7</sup> Beloff, Mary, ob. Cit. pág. 37.

–o que se le imputa ello- de la persona que no ha formado parte de un conflicto a nivel penal; y por último la desjudicialización y/o desinstitucionalización de la intervención estatal.

En el ámbito estrictamente penal, se sostiene desde este modelo que debe ser utilizado como herramienta de última ratio por el Estado, y en relación al juez no tendrá otras facultades que las puramente jurisdiccionales de su ámbito. Deberá actuar como el técnico que es en derecho, pero además tener conocimientos específicos sobre infancia. Estará limitado en los procesos, y en la aplicación de sus medidas, por todo el andamiaje de garantías constitucionales que rigen en favor de todas las personas adultas en un estado constitucional de derecho.

Respecto del contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad, desaparece el determinismo, desde esta óptica la protección se dirige a los derechos de los niños y no a la persona del menor.

El sistema de procesamiento de los conflictos penales se denomina de responsabilidad penal juvenil, se funda en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos con cierta capacidad para autodeterminarse, debe entender en ellos un juez especializado y mediante procesos también específicos. Si no hay derechos vulnerados o amenazados no hay intervención, se juzgan los actos cometidos por los niños, niñas y adolescentes –derecho penal de acto-, y no a ellos mismos de acuerdo a su peligrosidad o cualquier otra caracterización que pueda hacerse más, o menos, arbitrariamente –derecho penal de autor-. Por ende, también las consecuencias jurídicas que de estos procesos se obtengan serán sustancialmente diferentes a las que se obtienen en el sistema tutelar pero también, y fundamentalmente, diferentes a las impuestas a los adultos por el sistema penal.

Como los niños, niñas y adolescentes cuentan con todos los derechos con que cuentan los adultos, más los específicos en razón de su etapa de desarrollo, el proceso penal que se siga en su contra deberá contar con todas las garantías constitucionales-convencionales, como ya se dijo, y ello supone también que el proceso deberá ajustarse a las mandas constitucionales-convencionales, es decir, deberá ser acusatorio (oral, contradictorio, público y continuo), la privación de libertad deberá ser la última ratio, por tiempo determinado, con fines cautelares en el proceso –peligro de fuga u obstaculización de la justicia-, por el plazo más breve que proceda y sólo por infracciones graves.

Por último se intentarán, antes de la aplicación de la pena tradicional o internación, que se aplicarán excepcionalmente, una multiplicidad de medidas que aparecen como alternativas, entre las cuales los autores destacan las educativas y la mediación penal. Ellas aparecen en la CDN dispuso en el artículo 40.3.b) y 40.4.; y en la Directriz 540 -6 y 58- de Riad.

Como se habrá podido ver, en este modelo, como consecuencia del cambio de paradigma que implica, se hace una reestructuración profunda de los institutos relativos a los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a su conceptualización, centrándose también la atención en el lenguaje y la terminología que se utiliza, por ejemplo no se habla de menores, de tutela, de patronatos, de situación irregular, etcétera. Empero podría hacerse, a mi humildísimo criterio, una crítica en



relación al término “protección”, que aunque su contenido es sustancialmente distinto –por no decir diametralmente opuesto- al utilizado en el modelo tutelar, puede dar lugar –y de hecho así ha sucedido- a confusiones y al aprovechamiento de esas confusiones y malinterpretaciones para que se siga aplicando, en el marco de las nuevas concepciones, el viejo sistema de respuestas que entiende protección como ayuda –Filantropía-, y no como derecho de las personas.

A este modelo como dijimos pertenece la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sancionada el 20/11/1989, e incorporada a nuestra Constitución Nacional en 1994, al artículo 75, inciso 22; pero también el resto de instrumentos internacionales que forman el corpus iuris específico en materia de derechos de la niñez y adolescencia, a saber: Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados del 12/02/2002; el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía del 18/01/2002; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, del 29/11/1985; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad del 14/12/1990; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad del 14/11/1990; y la Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominada “Condición Jurídica y Derechos Humanos de Niño” del 28/08/2002

Y en el ámbito interno, la normativa que corresponde a la lógica de este segundo paradigma, es la ley nacional n° 26.061 denominada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, sancionada el 28/09/2005, y las siguientes leyes provinciales: n° 6354 de Mendoza “Régimen jurídico de protección de la minoridad” del 22/11/1995; n° 13298 de Buenos Aires “De la promoción y protección integral de los Derechos de los niños” del 14/01/2005 y en esta misma provincia n° 13.634 del 28/12/2006 modif. Por leyes 13.772 y 13.821, Decreto 151/07 que rigen el sistema de responsabilidad penal juvenil; n° 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Régimen Procesal Penal Juvenil” del 30/10/2007; n° 9053 de Córdoba “Protección judicial del niño y del adolescente” del 30/10/2002-; n° 4347 de Chubut “Protección integral de la niñez y adolescencia ” del 16/12/1997-; n° 9861 de Entre Ríos “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia” del 29/07/2008; n° 5288 de Jujuy “Ley de protección integral de la niñez, adolescencia y familia” del 22/11/2001; n° 7590 de La Rioja “Protección Integral del Niño y del Adolescente” del 20/11/2003; n° 3820 de Misiones “Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes” del 06/12/2001; n° 2302 de Neuquén “Ley de protección integral del niño y del adolescente” del 07/12/1999; n° 4109 de Río Negro “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes” del 08/06/2006; n° 7039 de Salta “Ley de protección de la niñez y la adolescencia” del 08/07/1999; n° 7338 de San Juan “Protección integral de los derechos de los niños y adolescentes” del 05/12/2002; n° 6915 de Santiago del Estero “Protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes” del 14/10/2008; n° 521 de Tierra del Fuego “Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias” del 10/05/2001; y la más

nueva n° 12.967 de Santa Fe “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” del 19/03/2009.

En el resto de las provincias argentinas, incluida La Pampa, aún siguen rigiendo las leyes producto del desembarco del modelo tutelar o de la situación irregular. Es dable destacar que en esta materia la estructura federal de nuestro país conspira contra la adaptación de la legislación a la CDN, que no será completa sino hasta tanto cada una de las provincias hayan dictado sus respectivas leyes<sup>8</sup> y adaptado sus instituciones y prácticas, cosa que La Pampa ni siquiera planea hacer por el momento ni en un plazo más o menos corto.

Ahora bien, vistos estos dos modelos diametralmente opuestos, vemos también que en Argentina, si bien se han dictado leyes nuevas, las troncales a nivel nacional y las instituciones estatales responden al paradigma de la situación irregular, y que la Convención sobre los Derechos del Niño manda a que los Estados parte “adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”, cosa que en el ámbito local no se ha realizado, ni está cerca de realizarse esa adecuación legislativa e institucional.

Por ello, ante la omisión de los Poderes Legislativos y Ejecutivos Nacionales y Provinciales, nos planteamos el problema de si esa omisión alcanza también a los Poderes Judiciales Nacionales y Provinciales, y como sabemos por nuestra profesión y estudio que ello, en parte, no ocurrió así, y que en realidad la jurisprudencia especializada parece inclinarse hacia el modelo de protección integral de los derechos, nos preguntamos cómo debe conjugarse todo esto, si se puede o no armonizar, dónde estamos parados institucionalmente y dónde están parados, fundamentalmente, los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación al compromiso internacional asumido por nuestro país al signar la CDN e incorporarla a nuestra Ley Fundamental.

Por último, y al enfilarnos en una dogmática acotante del poder punitivo, nos veremos en la obligación de tratar de presentar una posible respuesta a los conflictos penales de la mano de la reparación o restauración como primera vía en el sistema penal juvenil.

Toda esta empresa, de seguro, llevaría bastante tiempo de estudio y necesitaría de una multiplicidad de recursos para concretar aportes de alguna importancia que arrojen algo de luz sobre las problemáticas puntualizadas. No obstante ello, y aún en el marco del presente trabajo, el no tan pequeño abordaje que realizaremos, creemos, nos permitirá aventurar algunas conclusiones troncales

### **Marco teórico.**

El marco teórico que hemos escogido, conforme nuestra comulgación con el modelo denominado “de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”, se

---

<sup>8</sup> A menos que se considere a la CDN como operativa y se aplique directamente prescindiéndose de las leyes tutelares. Ver lo dicho por Mary Beloff en la obra citada, pág. 47 a 55. Empero ello, todo el diseño institucional deberá reestructurarse de acuerdo al nuevo paradigma.

corresponderá con los aportes realizados desde la criminología crítica y escuela de la reacción social, en las líneas de pensamiento de autores como Alessandro Baratta, Massimo Pavarini y Elías Neuman, entre otros, y en el ámbito específico de la niñez, actualmente, en los aportes jurídico-sociales, fundamentalmente, de autores como Mary Beloff, Emilio García Méndez, María Cristina Musa y Ezequiel Crivelli, entre otros y por nombrar sólo algunos pocos.

Esto es, tratar de interpretar los institutos jurídicos y las instituciones estatales desde una hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo críticos del sistema penal en sí, pero también de los fines sociales, tutelares y/o educativos que de antaño se le atribuyen a su intervención en relación a los sujetos que no han alcanzado determinada edad, con las características particulares que ello ofrece.

Se asegura desde esta óptica deslegitimante y crítica del sistema penal tradicional, que si bien procurar las circunstancias y condiciones necesarias para un integral desarrollo humano es esencial en una postura que tome como base al pacto social, no puede derivarse necesariamente de ello, que puede ser el signo de la prevención delictiva o profilaxis social, debido a que se yerraría en las consideraciones iniciales, como por ejemplo tomar como seguro que los excluidos son los únicos que delinquen; que eliminar los procesos de exclusión material y cultural lograría la eliminación de los conflictos penales; y que el mejoramiento de las condiciones de vida de la población, a partir de políticas integrales de prevención conduciría a la eliminación del delito; todo lo cual sería un reduccionismo simplista y parcial, además de interesado.

Y este marco de referencia implica, además, procurar interpretaciones acorde a las mandas internacionales y constitucionales en nuestro país a partir de 1994. Dejar de lado hermenéuticas anacrónicas, pero fundamentalmente, tratar de modificar las prácticas de los actores que intervengan en estos procesos, ya judiciales o no, porque como se sabe, los instrumentos legales no tienen propiedades mágicas, son necesarios para establecer marcos normativos alineados en un determinado paradigma, pero si las instituciones y actividades de los actores en juego no se modifican a la par, todo habrá cambiado para que nada cambie. A su vez, tampoco es uniforme esta forma de interpretación, y esto es lo que puede mostrarse con el trabajo de campo, profundizando el análisis discursivo.

En las consideraciones del derecho constitucional y convencional, la obra de Bidart Campos, Javier Llobet Rodríguez, Hernán Gullco y Mary Beloff, entre otros, nos han servido de valiosa guía conceptual.

Esto supone, fundamentalmente dos cuestiones. Primero, respecto de la nueva estructura constitucional a partir de la reforma de 1994, la composición, estructuración y funcionamiento del llamado “bloque de constitucionalidad” conformado por la Constitución Nacional y todos los Tratados y Convenciones receptados en su artículo 75, inciso 22, como así también los efectos que este tiene sobre el ordenamiento jurídico interno de nuestro país, especialmente para con la normativa, ya penal, ya administrativa, ya civil, que se contrapone a compromisos internacionales asumidos por Argentina, como sucede en el caso de la normativa respecto de los niños, niñas y adolescentes, ya que por un lado la Convención Internacional respectiva y otros instrumentos

internacionales como las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad, entre otros, pertenecen a un paradigma determinado, y la normativa interna y las instituciones en funcionamiento, pertenecen a un paradigma que le es opuesto.

Y en segundo lugar, supone consideraciones específicas y de peso respecto de la aplicación directa de la CDN a las realidades internas, es decir, de considerar a sus preceptos como operativos y no meramente programáticos, aplicarlos sin necesidad de aguardar a que el legislador interno readecue la normativa, y sin necesidad de que se creen las instituciones pertinentes.

En relación al derecho penal de fondo, de forma, y al funcionamiento del sistema penal, las obras de Eugenio Zaffaroni, Julio Maier y Alberto Binder, entre otros, pero fundamentalmente en relación a la postura de la dogmática penal acotante del poder punitivo, las obras de Eugenio R. Zaffaroni y Luigi Ferrajoli, son las que seguiremos principalmente.

Esto supone un profundo descreimiento, con la consiguiente desmitificación, de los fines re- algo asignados a la pena privativa de libertad, máxime con las realidades de las cárceles e institutos de menores en nuestros lares y las deficiencias estructurales del sistema punitivo – selectividad, arbitrariedad, contrariedad, burocratización, ineficacia, inhumanidad, etc.-.

Como dice Zaffaroni “Respecto de los niños y adolescentes el poder punitivo muestra sus mayores contradicciones, su ineficacia preventiva, su inhumanidad, su violencia, su corrupción; todo surge con meridiana claridad y, por ende, ha optado por encubrirse bajo el manto tutelar y ser allí más autoritario que respecto de los adultos.”<sup>9</sup>

En relación a lo procesal, el aseguramiento cabal a niñas, niños y adolescentes de todas las garantías constitucionales de los adultos, y de todos los derechos y atribuciones con que éstos cuentan, con más los específicos por su estado de desarrollo. Pero fundamentalmente, dirigir los procesos no como preparación o justificación de la aplicación de pena privativa de libertad – internación- sino como litigio sobre un conflicto determinado para arribar a su mejor resolución, teniendo como protagonistas a las partes esencialmente, y no al juez omnímodo, y eso lleva a la visión y utilización de la pena tradicional como última herramienta. Antes que ello, múltiples, entre ellas, la primera a nuestro criterio, la reparación, que consiste fundamentalmente en devolver el conflicto a sus participantes, reconocer la actividad en análisis como reñida con normas jurídicas, su autor entender la responsabilidad que le cabe en el hecho, restaurar el daño u ofrecer una reparación lo más integral posible y finalmente que todo ello sea coordinado por un actor imparcial del Estado –no judicial- que además incluya herramientas educativas para que el niño, niña o adolescente no vuelva a cometer actos similares o de otra índole que pueda ocasionarle otro conflicto penal.

En este último campo de la reparación como primera vía de solución de conflictos penales en el sistema penal juvenil, las obras de Claus Roxin, Zulita Fellini, Teresa Armenta Deu y Nicolás Laino, entre otros, son las que utilizaremos de manera basal.

---

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General” 2da. Edición, 2da. Reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008, pág. 142.

En esta línea podemos afirmar que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, receptada en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, manda a que en caso de menores de 18 años en conflicto con la ley penal, como mínimo se los juzgue bajo el resguardo de todas las garantías constitucionales y convencionales reconocidas a las personas adultas (art. 40), y decimos como mínimo porque además le agrega un plus, ya que estipula la necesidad de flexibilizar el catálogo de sanciones en pos de una respuesta que no se centre en la privación de la libertad, y lleva a lo que se conoce como principio de subsidiariedad de prisión: “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (art. 37 inc. a)), y si a ello le agregamos una interpretación armónica con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing 1985), las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación R (87) 20, sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989), más el articulado garantista de nuestra constitución nacional y con lo ya dicho en relación a la inutilidad de la pena privativa de libertad, tal inteligencia no puede conducirnos sino a una salida no punitiva para los niños y adolescentes.

Empero, si bien de la normativa interna y de las presiones provenientes de algunos sectores sociales y de los medios masivos de comunicación, parece surgir una respuesta sólo punitiva, de baja de la edad de punibilidad y de aumento respecto de la cuantía de las penas, la respuesta desde los Tratados Internacionales receptados en nuestra Carta Magna en el año 1994 (art. 75 inc. 22) y en el derecho comparado más avanzado en el tema, parece ser la contraria, es decir, menos pena o casi ninguna, y en vez de ello, mediación y reparación del daño a las víctimas por parte de los infractores, sometiéndoselos además a proyectos de introyección de valores mediante métodos de enseñanza-aprendizaje y creación de vínculos sociales formalizados, por dar dos ejemplos, y no a tratamientos premiales en ámbitos cuasi carcelarios, degradantes e impíos, como si fueran menos personas que el resto de la población por el solo hecho de no haber alcanzado los 18 años de edad y la ley llamarlos a ser tutelados por el omnipotente Estado punitivista.

La legislación internacional y comparada nos empuja a darnos cuenta que la respuesta privativa de libertad no ha sido satisfactoria en ningún ámbito pero menos aún en el sistema penal juvenil, por lo que necios seríamos si pregonáramos mayor poder punitivo para crear más desigualdades aún y no resolver absolutamente ningún conflicto, sino sólo suspender el tratamiento de los que se nos presentan y enviar a seres seleccionados irracionalmente a depósitos de gente que sólo producirá en ellos una especialización en la delincuencia (ver sino todos los trabajos desde Foucault, sobre la cárcel como fábrica de delincuentes), la asignación de un rol de excluido en la sociedad y una estigmatización radical que gravitará en su pellejo desde los umbrales de la adolescencia y quizá por el resto de sus días, sin entrar en detalles sobre más efectos degradantes e indignos de la prisionización en nuestras latitudes.

Respecto de los efectos positivos de la reparación como vía adecuada para la solución de conflictos en el sistema penal juvenil, véase la experiencia en Cataluña, España, relevado por la

profesora de Girona Teresa Armenta Deu en “Estudios sobre el proceso penal”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2008; y por Claudia A. Verde en “Mediación Penal. Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil”. Zulita –fellini (Directora) Editorial Lexis Nexis-Depalma. Bs. As. 2002, donde esta autora releva además la experiencia en Alemania.

### **Hipótesis y objetivos.**

Las preguntas que nos hemos planteado son dos y están adelantadas en el título del presente trabajo ¿Se encuentra el Estado Argentino en situación irregular respecto de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal? Y ¿Puede la reparación como primera vía en el sistema penal juvenil coadyuvar a la adecuación legislativo-institucional hacia el paradigma de protección integral de derechos de la CDN?

Ergo, las hipótesis son dos:

Por un lado, el Estado Argentino se encuentra en una situación irregular respecto de niñas, niños y jóvenes y resulta uno de los factores por los cuales algunos/as de ellos/as se encuentran en conflicto con la ley penal.

Y en segundo lugar, la efectiva utilización de la reparación como primera vía en el sistema penal sería coadyuvante en la adecuación legislativo-institucional hacia el paradigma de protección integral de derechos de la CDN.

Para dilucidar tales cuestiones, o al menos proyectar algunas conclusiones troncales, se nos imponen una serie de preguntas secundarias, que nos permitirán ir armando el rompecabezas propuesto.

Por un lado ¿La omisión de algunos Poderes Legislativos y Ejecutivos Nacionales y Provinciales en adecuar la legislación y/o las instituciones al paradigma marcado por la CDN puede extenderse también a los Poderes Judiciales Nacionales y Provinciales?

Y por otro ¿Si ello no ocurrió así, cómo ha sido receptada esa normativa internacional en la jurisprudencia? ¿Qué criterios se han expuesto? ¿Si se sentaron algunas bases, o no, ello ha influido, o no, en las realidades sociales?

Por último, y al enfilarnos en una dogmática acotante del poder punitivo, desde una teoría negativa y agnóstica de la pena, incluyendo a la internación de menores en ese concepto, nos veremos en la obligación de presentar una posible respuesta a los conflictos penales de la mano de la reparación o restauración como primera vía en el sistema penal juvenil, y como punto de partida, o de llegada, para la adecuación legislativo-institucional a que se comprometiera la Argentina internacionalmente.

Así planteada la cuestión medular, trataremos de verificar si el Estado Nacional y los Estados Provinciales se encuentran o no adaptados al paradigma de protección integral de derechos que mandan los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, dirigiendo nuestra atención

al análisis jurisprudencial solamente, y prescindiremos del análisis legislativo e institucional en este trabajo, por su extensión, pero sin descartar tales propuestas para aportes futuros.

Reconocemos que las relaciones entre los poderes en que se encuentra dividido el Estado son complejas. En ciertos casos el Poder Judicial manda una cosa y el ejecutivo hace otra, para entender cabalmente cómo se establecen estas relaciones, remitimos a la obra de Bourdieu<sup>10</sup>, por exceder su análisis el marco propuesto para este aporte.

En el camino de dilucidación de esa cuestión no menor, creemos podremos ir concluyendo sobre algunas cuestiones troncales que nos permitan conocer el estado actual de la jurisprudencia en esta materia, para arrojar un poco de luz sobre lo que se viene haciendo en los estrados judiciales con los niños, niñas y adolescentes que forman parte de problemáticas que se judicializan.

Los objetivos son variados, y se derivan de lo dicho, pero básicamente, comprenderán la dilucidación de los criterios sentados en el análisis de la recepción jurisprudencial en nuestro país del paradigma de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, qué es lo que se piensa respecto del estado actual de la legislación e instituciones en nuestro país, y por último, de la amalgama intentar ensayar una respuesta no punitivista dentro del nuevo paradigma.

### **Estado de situación actual del problema.**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado por primera vez respecto de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal y la aplicación de la Convención respectiva, por ende también sobre el nuevo paradigma instaurado por ella, en el caso “Maldonado” el 07/12/2005<sup>11</sup> y lo hizo nuevamente en los fallos “L., L.A.” el 18/12/2007<sup>12</sup>, “García Méndez y Musa” el 02/12/2008<sup>13</sup> y por último en “G., J. L.” el 15/06/2010<sup>14</sup>, pero antes que el Máximo Tribunal ya se había pronunciado la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, en el caso “Famoso, Elizabeth” el 17/03/2004<sup>15</sup>, y luego del Máximo Tribunal lo hicieron la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el caso “G.F.D. y O. S” el 06/12/2006<sup>16</sup>, el Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, de Mendoza, en el caso “M., G. A. R. ” el

---

<sup>10</sup> Bourdieu, Pierre “Poder, Derecho y Clases Sociales”. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao, 2000.

<sup>11</sup> CSJN. M. 1022. XXXIX. RECURSO DE HECHO, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” Causa N° 1174C. 07/12/2005.

<sup>12</sup> CSJN. L. 1157. XL. RECURSO DE HECHO. “L., L. A. s/ causa N° 5400”. 18/12/2007.

<sup>13</sup> CSJN. G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”. 02/12/2008.

<sup>14</sup> CSJN. G. 53, L. XLIV. RECURSO DE HECHO. “G., J. L. s/ Causa n° 2182/06”. 15/6/2010. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los extractos pertenecen al Dictamen del procurador pues la Corte resolvió textualmente “Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.”

<sup>15</sup> C.22.909 “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación” CNCC de la Capital Federal, Sala I. 17/03/2004

<sup>16</sup> Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal - Registro N: 1344 - Causa N° 39.520 “Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. S/ expediente tutelar”. Juzgado Federal N° 11 – Secretaría N° 21 Buenos Aires, 6 de diciembre de 2006.

18/12/2006<sup>17</sup>, y el Tribunal de Menores n° 3 de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires in re "XX- XH" en mayo de 2005<sup>18</sup>.

Veremos a continuación los criterios sentados en esos fallos, cronológicamente considerados, pues constituyen a la vez el estado de situación actual de la cuestión y la fuente documental de la que extraeremos los datos que nos permitan concluir sobre algunos puntos, y no relevaremos otros casos de otros Tribunales de otras provincias o nacionales, primero porque no abundan, y segundo, porque consideramos que es suficiente como muestra con los citados para extraer algunas conclusiones primeras, y avanzar en el estudio propuesto.

Debemos decir antes también, que en nuestra provincia de La Pampa no hay ningún fallo del Juzgado de la Familia y del Menor, ni de los restantes Tribunales Penales<sup>19</sup> que haya declarado la inconstitucionalidad del régimen penal tutelar vigente, o haya desconocido al menos sus postulados o algunos de los artículos de la ley respectiva, ni siquiera la aplicación directa de la CDN, aunque sí, en varias oportunidades se ha hecho referencia a ella, pero para, de alguna manera armonizar la legislación interna o para cuestiones no penales, según lo que hemos podido constatar.

#### **El Fallo “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación” de la CNCC de la Capital Federal, Sala I. 17/03/2004**

En relación a la situación jurídica de niñas, niños y adolescentes se sostuvo “*Así, la pretendida exclusión de los principios anteriormente enumerados al proceso seguido contra una persona menor de edad afecta sin lugar a dudas los derechos y garantías consagrados por la CN y los tratados de derechos humanos incorporados a aquélla; particularmente la CDN, que prescriben que los niños gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos, más aquellos específicos en atención a su condición de personas en crecimiento.*”

En cuanto a la internación en establecimientos totales, se dijo que “*Del conjunto de normas que rigen el proceso penal seguido contra una persona menor de edad en nuestro país se*

---

<sup>17</sup> Dr. José A. Miguel, Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, Tunuyán, Mendoza. Expte. N° 3.786. “M., G. A. R. P/MEDIDAS DE PROTECCIÓN”. 18 de Diciembre de 2.006.

<sup>18</sup> Dra. Patricia Alejandra Gutiérrez. **Tribunal de Menores n° 3 de Mar del Plata, Buenos Aires. Expte. N° XP: “XX- XH – MAR DEL PLATA”, Mayo de 2005.** Publicado en el sitio de la Fundación Sur ([www.surargentina.org.ar](http://www.surargentina.org.ar))

<sup>19</sup> Sépase que en nuestro ámbito local, en los procesos penales en que hubiera menores de 18 años de edad involucrados, entienden en la investigación los Juzgados de Instrucción -1 juez- competentes en el lugar de producción del hecho, en su juzgamiento los Juzgados Correccionales -1 juez- en delitos con menos de tres años de prisión prevista en abstracto o las Cámaras en lo Criminal -3 jueces- para los que superen esa pena, competentes en el lugar de producción del hecho, quienes además declararán la autoría y responsabilidad penal y eventualmente, luego del tratamiento tutelar, impondrán o no pena. Todos ellos, en sus procesos, deberán dar vista de las actuaciones a la Asesora de Menores -1 para toda la provincia- y fotocopia de los actos fundamentales –indagatoria, Auto de Procesamiento, Requisitoria Fiscal y Sentencia- al Juzgado de la Familia y del Menor, Sala Penal -1 juez civilista y 1 secretaria penalista-, que entenderá en el tratamiento tutelar del menor pero sólo de las causas radicadas en la Primera Circunscripción Judicial –Capital provincial-, puesto que las provenientes de las Segunda, Tercera y Cuarta Circunscripción Judicial, el juzgamiento del hecho con la consiguiente declaración de autoría en su caso, el tratamiento tutelar y la posterior imposición de pena, lo hace todo el mismo Tribunal. Sépase además, que salvo el Juzgado de Familia y del Menor, los demás no cuentan con equipos técnicos ni personal interdisciplinario.



*desprende que cualquier medida que implique la reclusión de aquélla en un establecimiento de régimen cerrado del que no pueda ausentarse voluntariamente supone privación de la libertad (cualquiera sea el nombre que se le dé a la medida que así lo dispone: encarcelamiento preventivo, internación, etc.). Atento a ello, la persona sometida a dicha medida tiene derecho a que un tribunal competente controle la legalidad del encerramiento.”*

Respecto de la legislación actualmente vigente en nuestro país a nivel nacional el Tribunal sostuvo que *“Tanto los artículos 2 y 3 de la ley 22.278/22.803, como el artículo 412, segundo párrafo, CPPN, autorizan al juez penal –en la primera norma más bien es un mandato- a disponer provisoriamente de la persona menor de 18 años de edad imputada de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad superior a los dos años. Esta medida se justifica en la necesidad de cumplir tempranamente el tratamiento tutelar exigido por el artículo 4 de dicha norma para aplicar la pena correspondiente o acceder a los beneficios allí enumerados. Además, se autoriza al juez a adoptar una disposición definitiva del joven cuando “de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta” (cfr., artículo 2, ley 22.278/22.803). Tanto una como otra implica la restricción de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el discernimiento de la guarda del joven dispuesto, y supone amplias facultades discrecionales en cabeza del órgano jurisdiccional para adoptar cualquier tipo de medida –incluso la internación- (cfr., artículo 3, ley citada).”*

**El fallo “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.  
07/12/2005**

El Máximo Tribunal hizo un racconto del paradigma tutelar en los considerandos 28, 29 y 30 de este fallo: *“28) Que este paradigma de la justicia de menores, conocido en doctrina como “situación irregular”, fue receptado por toda la comunidad latinoamericana, y sus flancos débiles también han regido en otras latitudes. Así, por ejemplo, Anthony Platt en su obra clásica, “Los Salvadores del Niño”, ha denunciado el sistema penal juvenil estadounidense, que bajo el ropaje de regirse por principios “Protectores”, en la práctica implicó homogeneizar al niño infractor de la ley penal con aquel otro en situación de abandono, y el despojo de las garantías constitucionales, las que quedaban reservadas así sólo para la justicia de adultos (Platt, Anthony M. en “Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia”, Trad. Blanco Félix, México, Siglo XXI, 1982) ... 29) Que la Corte Suprema de los EE.UU en el leading case denominado “Gault” (387 U.S 1, 1967) se pronunció en contra de la “cosificación” del menor infractor. Allí el tribunal señaló que la persona que no ha cumplido los 18 años tiene derecho a todas las garantías, entre ellas, contra los arrestos y requisas ilegales, a ser informado de todos los cargos imputados, a recibir consejo de un defensor, a controlar la prueba, a confrontar con los testigos de cargo, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a un juez imparcial, etc. Agregó que el*

*joven necesita asistencia legal para poder comprender más inteligentemente los hechos. El tribunal también criticó la terminología eufemística respecto de la encarcelación de los jóvenes tratándola como escuela o casa de recepción, cuando se trata de una institución de confinamiento. Asimismo, expresó que la condición de ser un joven no justificaba un tribunal "canguro", Kangaroo court, en el sentido de un tribunal que, a la manera del canguro, protege al menor llevándose lo consigo. El mismo tribunal, en otro importante precedente, señaló que el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso, por su misma condición de niño también era titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, aunque reconoció que en la práctica recibía lo peor de dos mundos (worst of both world) ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor ("Kent v. United States", 383 U.S. 541, 1966 ... 30) Que el paradigma de la "situación irregular" recibió embates importantes en el derecho internacional, especialmente en las convenciones promovidas a instancia de las Naciones Unidas (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia Juvenil, 1985. Anteriormente las Naciones Unidas habían adoptado la Declaración de los Derechos del Niño, en 1959). Del mismo modo, en el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al analizar el sistema juvenil argentino expresó su profunda preocupación por el hecho de que la Ley NI 10.903, de 1919, y la Ley NI 22.278, que se basan en la doctrina de la "situación irregular", no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia (Observaciones Finales: Argentina, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre del 2002)."*

En relación a la normativa interna a nivel nacional y la situación jurídica de los sujetos se dijo en el considerando 31) *"Que cabe destacar que recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 "Agote", y la reemplazaron por la ley 26.061, de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". En dicho ordenamiento se establece que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados (art. 27). En efecto, ya la Observación General N°13 de las Naciones Unidas había señalado que "Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". En suma, 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 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)."*

Y respecto de la situación institucional y del sistema penal juvenil, en el considerando 33 la Corte exhorta a quien sepa leer *"Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales*

*suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)(Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004)."*

Por su parte el Dr. Fayt en su voto, en relación a la respuesta estatal en el sistema penal juvenil, agrega *"21) Que, por otra parte, cabe recordar que los principios que sin lugar a dudas diferencian el sistema penal de adultos del de responsabilidad penal juvenil -en el contexto del modelo de la protección integral de los derechos del niño, pauta determinante de los alcances de la nueva imagen o perspectiva que debe informar todo el régimen especial aparejan para este último la necesidad de **una amplia variedad de medidas y la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad**. Su carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiologicistas. Antes bien, supone atender a los efectos de la pena -adecuada a la culpabilidad por el hecho como punto de referencia superior- que resulte necesaria imponer."* –la negrilla me pertenece-

La Dra. Argibay interpreta la CDN aplicándola directamente al caso en examen: *"14) Para la Cámara de Casación, entonces, la utilización de la escala penal de la tentativa está condicionada a que quien la propugna ofrezca una razón suficiente y la menor edad del autor no lo sería. En ausencia de esta razón suficiente, los tribunales se verían obligados a aplicar la pena máxima. Por el contrario, es mi opinión que una interpretación y aplicación leal de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una regla interpretativa exactamente inversa: es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve. ... 19)... La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas."*

Y por último asume la tarea que como Máximo Tribunal Constitucional le cabe al Cuerpo del que forma parte *"22) Es tarea de esta Corte velar porque los tribunales argentinos cumplan*

*con los estándares a los que está sometida la tarea judicial de acuerdo con los instrumentos internacionales aprobados por el país, de modo tal que sus fallos puedan resistir el desafío de su impugnación ante instancias competentes para fijar la responsabilidad del Estado argentino (doctrina de Fallos: 318:1269, Considerando 21 y su cita).”*

**El fallo “G. F. D. y O.” de la CNACCFederal de la Capital Federal, Sala I. 06/12/2006.**

Este Tribunal respecto de la aplicación de la CDN y la subsistencia o no del régimen tutelar en nuestro país, estableció que *“II) Si bien tiene dicho este Tribunal que para el juzgamiento de una persona menor de 18 años, el fuero nacional de menores es el que mejor satisface la exigencia de especialidad que resulta de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (c. 39.085 “Incid. de incomp. de Q., R. D.”., rta. 27/06/06, reg. N° 606), la circunstancia de que en este caso haya concluido la causa penal lleva irremediamente el centro de la discusión a una instancia previa: decidir sobre la subsistencia del régimen tutelar a la luz de esa Convención - de jerarquía constitucional-, del resto de reglas internacionales sobre la materia y de la ley 26.061. El modelo tutelar, propio de la derogada ley 10.903 de “Patronato de Menores” de 1919, conocida también como “Ley Agote” (LA 1980-B-1539), al que se adscribe la vigente ley 22.278, giraba en torno a la idea de la necesidad de instaurar un régimen tutelar frente a la situación irregular vivenciada por el niño. Receptaba, bajo el concepto de tutela, la posibilidad de avanzar, no sólo sobre los niños que resultaban autores de delitos, sino fundamentalmente sobre aquellos que se encontraban en situación de abandono, peligro material y moral.- El sistema funcionó en perfecta armonía con la ley Penal de Minoridad -22.278- (sancionada el 28 de agosto de 1980 -v.LA 1980-B-1539- y modificada por ley 22.803 -v. LA 1983-A-103-), que con un contenido ideológico similar al de la “Ley Agote”, estructuró el proceso al que deberían ser sometidos los menores cuando se encontrasen imputados por la comisión de un hecho delictivo.- Este modelo de intervención, conocido como “la doctrina de la situación irregular”, se basa fundamentalmente en la idea de un Estado paternalista, que habilita la intervención de sus órganos (judicial y administrativo) bajo el argumento de protección mediante mecanismos de tutela dirigidos a resocializar al menor.- La exégesis de las leyes 10.903, 22.278 y el artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación revela que la doctrina de la situación irregular encierra un grave defecto: no logra distinguir entre la atención de situaciones de desprotección, desamparo o abandono y la persecución y juzgamiento de hechos calificados como delitos por la ley penal. La confusión en la que incurre es la responsable de que se vulneren las garantías de las que goza, sin importar la edad, toda persona sujeta a proceso penal.- Todo ordenamiento legal propio de un Estado de Derecho exige la configuración de un derecho penal de acto que desvalore lo que el agente hizo sin consideración a su modo de vida o su conducta moral. En nuestro país, ello es consecuencia del principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional cuyo texto dispone que las acciones privadas, siempre que no afecten derechos de terceros quedan “reservadas a Dios y*

*exentas de los magistrados”.- En contraste, el tratamiento especial que importan las medidas tutelares es impuesto, con independencia de la declaración de responsabilidad penal, en base a las características personales del menor, su eventual “peligrosidad” y su situación familiar, como resultado de diversos estudios que se realizan previamente sobre él. De este modo, la culpabilidad por el acto, de raigambre constitucional, es desplazada en la práctica por un “derecho penal de autor”.- La reforma constitucional de 1994 incorporó con jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (cfr. art. 75 inc. 22 de la C.N .), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por nuestro país mediante la ley 23.849, en el año 1990. Dicho instrumento ha significado una nueva visión sobre los derechos del niño, al que, igualmente se adscriben otras normas de vigencia internacional, como las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Directrices de Riad), y que constituyen un punto de inflexión respecto al tratamiento que hasta ese momento se le daba al menor.”*

Respecto del nuevo paradigma de la CDN y la situación jurídica de niñas, niños y adolescentes, afirma *“La nueva concepción de la niñez que de allí resulta se estructura sobre la base de ciertos derechos y garantías que exigen el reconocimiento del niño como un sujeto de derechos con responsabilidades, derechos y obligaciones, e importa la exigencia de que los niños infractores de la ley sean tratados respetando el sentido de su dignidad, que en principio se traduce en la imposibilidad de que se encuentren en peor situación que un adulto que hubiese realizado la misma conducta delictiva. A la par, contempla la regla de que el niño no sea separado de sus padres y la posibilidad de que sea oído en todo procedimiento judicial y administrativo que lo afecte.- La citada Convención impone como premisa fundamental, que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en cuanto a las medidas de protección de la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios (art. 19). Específicamente, para los casos en que se les impute la infracción de leyes penales, diseña un sistema que básicamente recepta los principios reconocidos a nivel internacional en relación con la necesidad de asegurar un debido proceso, el respeto por su dignidad, y la racionalidad de cualquier medida que en su consecuencia se disponga (arts. 37 y 40)... En suma, para llevar a cabo la protección en ambos ámbitos -desamparo y conflicto penal- la Convención supera el monopolio de la tutela judicial y requiere el desarrollo de mecanismos internos diferentes según las particularidades del niño y la situación en la que se encuentre, a través de la elaboración de políticas de orden administrativo, para el primero de los supuestos; y la adopción de decisiones de orden jurisdiccional, para el segundo (cfr. CIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión consultiva OC-17/2002, 28/08/2002).- Con todo ello, sentó las bases de un programa que pretende abandonar la doctrina de la situación irregular, donde los niños se consideran incapaces de asumir responsabilidades por sus acciones, y se constituyen en sujetos pasivos de la intervención proteccionista o represiva del Estado.- La Convención acogió, por tanto, la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su*

*condición de sujeto de derecho y “en materia penal significó el cambio de una jurisdicción tutelar a una punitiva, con las garantías de las personas menores de edad, en la cual, entre otras medidas, se reconocen plenamente los derechos y garantías de los niños, se les considera responsables de sus actos delictivos, se limita la intervención de la justicia penal a mínimo indispensable, se amplía la gama de sanciones, basadas en principios educativos;; y se reduce al máximo la aplicación de las penas privativas de libertad” (CIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión consultiva OC-17/2002, 28/08/2002).”*

En relación a la respuesta estatal para el sistema penal juvenil se sostuvo que “Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño resaltó que *“el Estado tiene la obligación de elaborar programas de prevención del delito. El internamiento de niños sin que hayan cometido una falta y sin respetar las garantías del debido proceso, constituiría una violación a los artículos 7° y 8° de la Convención Americana , al artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la Constitución y al principio fundamental en el Derecho penal de nulla poena sine lege ... Además, para la detención de niños deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida”*(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión consultiva OC-17/2002, 28/08/2002).” La negrilla me pertenece.

**El fallo “M., G. A. R.” del Dr. José A. Miguel, Juez en lo Penal de Menores de la Cuarta Circunscripción Judicial de Mendoza –Tunuyán-. 18/12/2006**

En relación a la normativa nacional e internacional y la situación institucional sobre niños, niñas y adolescentes sentencia “VIII. *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. Ello así pues el art. 1° de la Ley N° 22.278/22.803 importa una disposición tutelar por tiempo indeterminado que no obedece garantías procesales ni principios fundamentales del derecho derivados del debido proceso legal y que la enfrenta decididamente con el ordenamiento constitucional, pues como dice Maier, “Conviene advertir...que aunque nosotros observemos la garantía (del “debido proceso”) desde el ángulo procesal penal, ella no se refiere exclusivamente al poder penal del Estado. Al contrario, la fórmula es amplia y comprende todo procedimiento pues protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) o los derechos que pudieran corresponderle, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión estatal.”*

*(Julio Maier, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso legal”, Revista Justicia y Derechos del Niño, Número 2, UNICEF).”*

Respecto de la respuesta estatal en el sistema conflictual juvenil, dice *“Actualmente no existe fundamento jurídico alguno que justifique el cercenamiento de derechos o en el peor de los casos la privación de libertad de una niña, niño u adolescente no punible en el marco del Régimen Penal de la Minoridad, pues el art. 40.3. de la CDN establece la obligación para los Estados Partes de: “a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” y “b) Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”. Es por este motivo que el Comité de los Derechos del Niño celebra en su informe del año 2.002 la aprobación de un proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil que establece límites de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 40 de la Convención y denuncia en contrapartida la continuidad de la Ley 22.278 basada en la doctrina de la situación irregular.”*

Por último, afirmando su postura por la protección integral de derechos y su reconocimiento constitucional-convencional, afirma *“X. Que a modo de síntesis puede aseverarse que en tanto el Patronato del Estado tuvo su partida de defunción con la sanción de la Ley N° 26.061, no existe tampoco más disposición tutelar en el Régimen Penal de la Minoridad, pero aún cuando algún apasionado seguidor de la “situación irregular” pretenda adjudicar “vida propia” a la tutela de la Ley N° 22.278/22.803, debe decirse que esta colisiona abiertamente -en primer lugar- con la Ley N° 26.061, por cuanto ella suprime la potestad judicial de aplicar medidas propias de la política social usando perversamente la coerción del derecho penal y prohíbe también el empleo de la privación de libertad como medida de protección de derechos. Pero además, en este nuevo contexto normativo, la Ley N° 22.278/22.803 resulta violatoria del principio de inocencia, del principio de legalidad, del principio de derecho penal de acto y del principio de culpabilidad, los que se encuentran reconocidos en las garantías constitucionales establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. En el bloque de constitucionalidad federal, el art. 1° de la Ley N° 22.278/22.803 importa asimismo una violación del art. 3° de la CDN (principio del interés superior del niño) teniendo en cuenta el entendimiento que le confiere el art. 3° de la Ley N° 26.061, toda vez que no satisface el requisito de “máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías”.”*

#### **El fallo “L., L. A.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 18/12/2007.**

En relación al régimen tutelar vigente en Argentina, el Máximo Tribunal refiere en su considerando 7°) *“Que en lo que respecta al régimen especial establecido por la ley 22.278 para los imputados menores, en modo alguno puede calificarse como “más benigno” respecto del sistema penal de adultos, ya que no se trata de situaciones comparables en términos de similitud. Un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un*

*adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada.”*

Respecto de la situación jurídica de niñas, niños y adolescentes, y su equiparación con los adultos a la luz de la CDN, sostuvo en sus considerandos 8 y 9 lo siguiente: “8°) *Que esta Corte tiene dicho que "...partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos...En suma, 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 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párrafo 54) "Maldonado", Fallos: 328:4343). 9°) Que no aplicar las prescripciones de la ley 24.390 a los menores de edad, además de constituir un trato desigual ante la ley entre adultos y menores, en perjuicio de estos últimos, contraviene la normativa contenida en los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Argentino. Tal es el caso de lo normado en los arts. 37, inc. b y 40.2.III de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional); arts. 19.1 y 28.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores y art. 1° y II punto 11 "b" del anexo de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.”*

Iguala además la internación tutelar de menores y la pena de adultos, y da cuenta del “embuste de etiquetas” en el régimen tutelar que desalienta: “10°) *Que en lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el "embuste de las etiquetas".”*

**El fallo “García Méndez y Musa” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 02/12/2008**

Respecto de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes y al cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales, volvió a sostener en el considerando 3°) que “*La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños.*



*Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a "proporcionar al niño una protección especial", con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo. Por ello, a los fines del sub lite, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la "protección especial" en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar "efectividad", adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4)."*

En relación a la respuesta estatal a la conflictividad juvenil sostuvo en el mismo considerando 3) que *"La Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños "a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) **Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales"** (art. 40.3). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los "**menores delincuentes**" pasibles de sanción, "[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente" (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la "mejor respuesta", y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su 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."* Las negrillas me pertenecen.

Críticamente respecto de la normativa interna a nivel nacional, la Corte en el mismo considerando 3) dijo *"Haciendo alusión al régimen de la ley 22.278...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 la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución. La mencionada tensión se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables, a saber: el "retaceo" de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la "situación irregular" en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 11, párrafos segundo, tercero y cuarto."*

Y volvió a exhortar al resto de las autoridades constitucionalmente constituidas –Poderes Ejecutivo y Legislativo- que “5°) *El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002,...* recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c). 6°)...el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional). ... 8°) *Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes "debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos, (...) c) recursos económicos; (...) e) medidas de protección de derecho" (arts. 32 y 33). Por lo tanto y en atención a todo lo que se lleva dicho, 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 aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño). ... 12°)...en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño, ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, "si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños" (Observación General N°10/2007, "Derechos del niños en la Justicia de menores", del 25 de abril de 2007, párr. 31). En efecto, es **función también de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior.**” La negrilla me pertenece.*

Por su parte el Dr. Petrachi en su voto se refirió a la situación jurídica de los sujetos y dijo en su considerando 3°) que conforme lo dispone el “...art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: los niños "al igual que los adultos, 'poseen los derechos humanos que

*corresponden a todos los seres humanos"; pero, además de ello, tienen derecho "a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". El precepto, en consecuencia, debe entenderse como "un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial" (Caso "Instituto... , cit., párr. 147 y sus citas; asimismo: Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18-9-2003, Serie C N° 100, párr. 133. V. "Maldonado", cit., p. 4379)."*

Resalta la importancia del nuevo paradigma de protección de derechos de la CDN en su considerando 4°), diciendo *"Que, a los fines del sub lite, interesa particularmente subrayar el paradigma al que se ciñó dicha protección especial. Fue cuestión, por lo pronto, de abandonar los modelos paterno-autoritarios, las orientaciones basadas en la llamada "situación irregular" del niño, los marcos tutelares discrecionales, cuando no marcados por tendencias que entrecruzaban compasión y represión. Fue cuestión, a su vez, de reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, de configurar la "protección especial" en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados debían dar "efectividad", adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4). La censura a la mentada "situación", por cierto, ya ocupó la atención de esta Corte en el recordado precedente "Maldonado" (cit., esp. ps. 4376/4379), y también la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, asimismo, no dejó de observar que "este cambio conceptual" suele hacer "necesario un cambio de legislación en todos aquellos países partes del tratado [Convención sobre los Derechos del Niño], así como también el impulso de políticas públicas tendientes a lograr un efectivo reconocimiento en el niño de este nuevo carácter de sujeto de derecho" (Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9-3-2001, cap. VII, párr. 11)."*

Y expresa también su visión crítica en relación a la legislación vigente en la materia en su considerando 6°) *"La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, en consecuencia, resulta a todas luces "anacrónica", por cuanto "caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la 'protección integral', sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 45 OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev., 6-4-2001; en igual sentido: Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999, cap. XIII, párr. 22). Una de sus consecuencias más graves, es el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica, muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal (ídem, Tercer informeY Paraguay, cit., cap. VII, párr. 14)."*

**El fallo "XX- XH" de la Dra. Patricia Alejandra Gutiérrez del Tribunal de Menores nº 3 de la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires. Mayo de 2005.**

Respecto de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes y las garantías constitucionales sostuvo en su considerando 3) que “*Conforme opinión consultiva de octubre 15-1996, -caso nº 10.506 de Argentina-, se manifestó con relación al art. 19 de la CADH (derecho del niño), por la que se llega a la OC-17/2002, la cual establece entre otras conclusiones que: “...las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. ... Las reglas del debido proceso de hallan establecidas, principal pero no exclusivamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, la reglas de Beijing, las reglas de Tokio y las directrices de Riad...”*. Los derechos establecidos en la Constitución Nacional son para todos los habitantes sean mayores o menores (art. 16 y 18) , por lo que la Constitución no distingue categorías de habitantes en virtud de la edad. Ello reafirmado por la incorporación en la reforma constitucional del año 1994 (art. 75 inc.22) de diferentes tratados, entre ellos la Conv. Americana de Derechos Humanos que declara que para sus efectos “*persona es todo ser humano*”, estableciendo garantías judiciales (art.8) y protección judicial (art.25) y la C.I.D.N. en sus arts. 37 y 40. Ante la posibilidad de la aplicación de una pena debe respetarse el debido proceso, o juicio previo del art.18 de la Constitución Nacional que no admite distinción por razón de edad (González Areco - Gorupicz, op cit., pág.698). Se ha dicho que la inconstitucionalidad del sistema de menores se basa en someter a los mismos en situación penal a un régimen llamado desde hace casi un siglo “*tutelar*” y en función de ello separarlos del privilegio que constitucionalmente les es debido en su condición de sujetos de derechos. “*No se lleva a cabo un juicio contradictorio entre los intereses del mismo y los del Estado, sino un juicio tutelar donde el Estado como tal velará por el menor y la protección de sus derechos... con la vocación proteccionista tutelar reiteradamente se han violado sus derechos y garantías constitucionales (Fellini Zulita, “Der. Penal de Menores”, pág.62 y 63).*”

Respecto del paradigma en que deben incardinarse la legislación y las instituciones en nuestro país, señaló en su considerando 5 que “*Entre los documentos internacionales con jerarquía constitucional, se encuentra la Convención Sobre los Derechos del Niño, y el enfoque de la misma llevada al ámbito de las infracciones a la ley penal se encuentra en la DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL, entendida como el conjunto de principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales mencionados y comprendidos en el preámbulo de la CDN a saber, las Reglas Mínimas de la ONU, resolución 40/33 del 29-11-85, Directrices de Riad, del 2-4-91, Reglas de Beijing.*”

Y en relación a la aplicación directa o no de la CDN al ámbito interno, escueta pero claramente sostuvo “*Que el ejercicio de la defensa responde también en este caso a hacer valer a los niños y jóvenes su condición de SUJETOS DE DERECHOS a la luz de la CDN, solicitando en cuyo caso la no aplicación de las normas que se le contraponen, planteando en consecuencia*

*su aplicación directa atento a su condición de sujetos activos de derechos recogidos en la Const. Nacional, la CDN y otros instrumentos de derechos humanos.”*

**El fallo “G., J. L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 15/06/2010.**

**Los extractos son del dictamen del procurador al que se remitió la Corte.<sup>20</sup>**

*Se volvió a criticar la normativa vigente “IV- ...resulta pertinente señalar que el régimen previsto en la ley 22.278 contiene un régimen penal de la minoridad que consagra un “derecho penal de autor”, en tanto prevé consecuencias jurídicas similares tanto para menores que requieren tutela por encontrarse en “situación irregular”, como para quienes han realizado comportamientos ilícitos.”*

*En cuanto a la situación jurídica de niños, niñas y adolescentes y ante la omisión estatal en la adecuación legislativa e institucional a los postulados de la CDN, se sostiene “V- Me permito proponerlo de esta manera teniendo en cuenta que en las recientes oportunidades que el Tribunal ha tenido para expedirse sobre cuestiones de la justicia penal de menores, ha subrayado el objetivo primordial de la Convención de “proporcionar al niño una protección especial”, lo que importa reconocerlo como sujeto pleno de derechos y que los Estados deban dar “efectividad” a los concretos derechos, libertades y garantías que configuran esa “protección especial”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (artículo 4). Puede apreciarse entonces, y cito a V.E., que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que a cada uno, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre las “medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (artículo 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial el interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención – Fallos: 318:514– (cons. 10° de la sentencia del 2 de diciembre de 2008 dictada en los autos G. 147, L. XLIV, “García Méndez, Emilio y otra s/causa n° 7537”). En ese sentido, no me parece ocioso recordar que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión 17-2002 del 28 de agosto de 2002, párrafo 54). De todo lo expuesto surge, en mi opinión nítida, la evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental del menor, frente a la cual los jueces tienen la obligación de modificar el criterio restrictivo adoptado, sin olvidar que el reconocimiento de los derechos especiales de los niños*

---

<sup>20</sup> Sobre este fallo he realizado un comentario que ha sido publicado en el suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Editorial LA LEY, el 16 de junio de 2011.

*por su condición, constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país (cf. Fallos: 328:4343, consid. 33).”*

### **Aproximación de conclusiones troncales y propuesta.**

Sin ingresar en un análisis discursivo y contextual exhaustivo de los principios, términos, conceptos, ideas, propuestas, diseños, etcétera, etcétera, que han hecho la Corte y los demás Tribunales en los fallos analizados, podríamos recoger algunas ideas directrices que aparecen del relato jurisprudencial efectuado y ensayar unas primeras conclusiones troncales.

La primera de ellas podría ser que el Poder Judicial, en su rama penal, si bien en su gran mayoría aún permanece mudo respecto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Máximo Tribunal y algunos otros importantes como la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional Federal, y otros especializados como los Tribunales de Menores de Mar del Plata y Tunuyán, sí se han pronunciado.

La segunda conclusión podría ser, que los que se han pronunciado, incluyendo a la Corte Suprema, lo han hecho a favor del modelo de protección integral de derechos de la CDN y críticamente respecto del viejo sistema tutelar aún vigente a nivel interno nacional y en algunas provincias. Sobre ello, se ha exhortado a las autoridades aún ausentes.

Una tercera podría ser que la CDN puede aplicarse directamente al ámbito interno, porque sus normas son operativas, y ello debe hacerse para cumplir con el compromiso internacional contraído por nuestro país, máxime teniendo en cuenta la omisión en la adecuación de la legislación e instituciones por parte de los Poderes Ejecutivos y Legislativos Nacionales y Provinciales.

Una cuarta podría ser la urgencia resaltada para que de una vez y por todas se adecuen la legislación e instituciones del sistema de responsabilidad penal juvenil por parte de los Poderes Ejecutivos y Legislativos Nacionales y Provinciales.

Una quinta, podría centrarse en el reconocimiento de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes, que es la de un sujeto de derechos con particularidades por su condición etaria y no debe considerárselo incapaz, menor que algo o inimputable, en definitiva, objeto de protección.

Una sexta, podría ser que de esa condición de sujetos de derechos especiales ha reconocido la jurisprudencia que cuentan con todos los derechos humanos y garantías constitucionales con que cuentan las personas mayores de 18 años de edad, con más los específicos por su condición de desarrollo.

Una séptima, que ante la omisión legislativa y administrativa, consideran los Tribunales que es función de los jueces resolver las cuestiones planteadas y tomar las medidas pertinentes, de acuerdo a los postulados de la normativa internacional en la materia para hacer efectivos los derechos y prerrogativas reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, aún prescindiendo de las

leyes nacionales y provinciales que los desconocen o pertenecen al anacrónico sistema tutelar, o lisa y llanamente declarar inconstitucional –en todo o en partes- a las normas que se opongan al bloque de mandas internacionales actualmente en vigor y receptadas en el máximo nivel normativo del país –art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional-.

Y una octava podría ser que la respuesta estatal ante la conflictividad penal juvenil no debe ser la pena o internación en institutos totales con el nombre que se les quiera poner, sino que previamente deben intentarse todas las medidas posibles, entre ellas la mediación y reparación, aún antes de judicializar el conflicto, para intentar resolverlo sin llegar a la privación de libertad, que debe ser usada como última herramienta, sólo para casos graves y por el menor tiempo posible.

En todas ellas campea la comprobación de que es el Estado el que se encuentra en situación irregular y es su responsabilidad tomar las medidas que sean pertinentes para coadyuvar a la subsanación de las deficiencias legislativas e institucionales, básicamente por los derechos de niñas, niños y jóvenes, y en segundo lugar, porque es una responsabilidad nacional e internacionalmente adquirida.

De allí trataremos de extraer nuestra propuesta en relación al sistema penal juvenil que consideramos más adecuado a las problemáticas que en él se ventilan y que él aborda, tanto respecto de los actores que juegan distintos roles en el proceso de criminalización primaria y secundaria de los niños y adolescentes, como también teniendo en cuenta el ofrecimiento a éstos de al menos la posibilidad de un desarrollo integral en el ámbito social que no los excluya aún más de la vida societaria mediante sanciones de encerramiento en instituciones totales. Además, por último y no por ello menos importante, producir la relación entre los infractores y las víctimas para que, entre muchas otras cosas, puedan ver los primeros que las segundas necesitan una reparación a consecuencia de sus actos, y para que vean las ocasionales víctimas que los infractores no son un “otro monstruoso” a los que hay que esquivar, discriminar y tener sumo cuidado de ellos en la creencia de que acechan en las sombras para en la primera oportunidad que tengan causar daños cada vez con mayor violencia, o, lisa y llanamente, se piense que hay que eliminarlos por incorregibles.

Este tipo de procedimiento, educador de por sí, por su manera y sus efectos en relación a los intervinientes, cuando los infractores son “menores” cumple mejor aún esta función, máxime cuando, en todo caso, la sanción que se prevea para el incumplimiento de lo pactado sea de carácter ambulatoria, y no en institutos totales –reformatorio y/o prisión-, sino en los organismos propios de la educación formal y no-formal de los sujetos no excluidos, es decir, en escuelas, clubes socio-culturales, deportivos, centros artísticos, de recreación literaria, de enseñanza laboral, etcétera, etcétera, bajo la asistencia y vigilancia de determinadas personas u organismos que aseguren el entrenamiento social del individuo y su integración.

La empresa en que nos embarcamos aquí tiene como objetivo desarrollar un estudio para tratar de extraer de la jurisprudencia nacional y provincial criterios rectores e ideas directrices, para arribar a conclusiones fundadas racional y jurídicamente, que permitan, coadyuvar a la

proyección en sentencias futuras del paradigma de protección integral de derechos, y porqué no al acompañamiento para la generación de una discusión tal que lleve de una buena vez y por todas a una reforma legislativa y una adecuación institucional acorde a los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el resto de la normativa internacional en la materia. Se puede ver la complejidad del campo, la tensión entre discurso y práctica, y la importancia de los jueces tanto en la interpretación para decir el derecho como en el control de los actos de gobierno.

Con ello, en definitiva, que se impida la habilitación de poder punitivo estatal a niveles de irracionalidad intolerables para un estado constitucional de derecho, donde los criminalizados, estigmatizados, encerrados y degradados, son seleccionados arbitrariamente en su etapa de desarrollo de la personalidad, justo cuando más necesitan que se les brinden las herramientas necesarias para emprender sus vidas y encontrar algún camino en el entramado social, que hasta ahora, por decisión estatal-cultural-social, sólo los excluye y segrega cada vez más.

En el marco legal e institucional en que nos encontramos inmersos, por un lado con las leyes nacionales y algunas provinciales avanzadas, y las instituciones nacionales y provinciales fundadas en un paradigma tutelar del Estado, y por el otro, con la normativa de máximo nivel – constitucional-convencional- diagramando un sistema fundado en un paradigma totalmente opuesto, de protección integral de derechos, con miras a un estado constitucional de derechos, al que apuntamos con este aporte, creemos que lo mejor que resta hacer al intérprete, ya sea judicial, doctrinario o de otra índole, es aplicar el criterio más acorde a los postulados constitucionales.

Parece una perogrullada lo dicho, pero es tan obvia en lo jurídico como ausente en la realidad. Muchos poderes constitucionalmente constituidos a nivel nacional y provincial, siguen sordos a los gritos ordenatorios de la CDN, mudos a la adecuación legislativa e institucional a la que el país se comprometió y que le puede generar responsabilidades internacionales, y ciego a las realidades sociales, culturales, económicas y jurídicas de miles y miles de niñas, niños y adolescentes que a diario ven avasallados sus derechos, y que por causas evitables se vuelcan al delito o a las adicciones, que desprecian los valores fundamentales de las personas, incluyéndose ellos mismos, porque nunca nadie ha coadyuvado a su internalización, por ejemplificar someramente, y que encima son seleccionados arbitrariamente, por su condición social de pobres o indigentes, por estar estereotipados, por pertenecer a tal o cual extracción cultural, y por sus “óperas toscas” como diría Carrara. Sujetos que con una simple pregunta a una cuestión -“¿por qué me seleccionan a mí y no a aquéllos?”- y una simple respuesta a otra cuestión -“no gracias, no quiero la tutela del Estado”-, podrían derribar todo el andamiaje jurídico penal y tutelar de una sola bofetada.

#### **Bibliografía y otras fuentes.**

- Aguirre, Eduardo Luis “Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal juvenil” publicado en [http://www.robertexto.com/archivo/18/delinc\\_juven.htm](http://www.robertexto.com/archivo/18/delinc_juven.htm).
- Armenta Deu, Teresa “Estudios sobre el proceso penal”, Colección Autores de



- Derecho Penal. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2008,
- Baratta, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal”. Editorial Siglo XXI. México, 1991.
  - Beloff, Mary “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual” (Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002)
  - Beloff, Mary “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el ámbito interno” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. CELS/Editores del Puerto. Buenos Aires 1997.
  - Beloff, Mary - José Luis Mestres, “Los recursos en el ámbito de la justicia de menores”, en Maier, Julio B. J. (comp.) “Los recursos en el procedimiento penal”, Bs. As., Ediciones del Puerto, segunda edición actualizada, 2004.
  - Beloff, Mary “Constitución y Derechos del Niño” Separata de “*Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*”. David Baigún et al., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
  - Beloff, Mary “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. 2º reimpresión. Editores del Puerto. Bs. As. 2008;
  - Bidart Campos, Germán “El Derecho y los Chicos”, Espacio Editorial. Bs. As., 1995.
  - Bidart Campos, Germán “Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la convención sobre los Derechos del Niño”, en Bianchi, María del Carmen (comp.) “El Derecho y los chicos”. Editorial Espacio. Bs. As., 1995.
  - Binder, Alberto M. “Introducción al Derecho Penal”. Editorial Ad-Hoc. 1ª ed. Bs.As. 2004.
  - Bourdieu, Pierre “Elementos para una sociología del campo jurídico” en Bourdieu, Pierre y Teubner Gunther “La fuerza del Derecho”. Ediciones Uniandes. Santa Fe de Bogotá, 2000.
  - Bourdieu, Pierre “Poder, Derecho y Clases Sociales”. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao, 2000.
  - Carranza, Elías “Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina”, en legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado, Estudios de Derecho Judicial, nº 18, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.
  - Crivelli, Ezequiel “¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del régimen penal de menores

en la provincia de Mendoza”. Publicado en Lexis Nexis, N° 0003/013206.

- Crivelli, Ezequiel ¿Un pronunciamiento a la altura de los tiempos? Nota al fallo “García Méndez, E., Musa, L. C.” de la CSJN. Publicado en elDial.Express, del día viernes 19 de diciembre de 2008, Año XI, Número 2682.
- Devoto, Eleonora “Sobre la mediación penal. Algunas consideraciones relativas a su justificación teórica”, publicado en <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/devoto-sobre-med-penal.pdf>.
- Díaz de León Fernández, Laura y González Placencia, Luis “La justicia de niños y niñas en conflicto con la ley penal. Aproximación empírica a su funcionamiento” en Revista “Delito y Sociedad”, n° 20, págs. 29 a 60. Bs. As., 2004.
- Duschatzky, Silvia y Corea, Cristina “Chicos en banda”. Editorial Paidós. Bs. As. 2002.
- Fellini, Zulita “Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil”. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002.
- Ferrajoli Luigi “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” 3ª edición. Editorial Trota. Madrid 1998.
- Finochietti, María Dolores “Mediación, conciliación y sistema penal”. Publicado en “Cuadernos de Derecho Penal del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Neuquén”. Cuaderno N° 1, año 2004. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/neuquen.php>.
- Foucault, Michel “Vigilar y Castigar”. Editorial Siglo XXI. Bs. As. 1976. Capítulo ilegalismo y delincuencia, págs. 261 a 314.
- Foucault, Michel “Los anormales”. Traducción de Horacio Pons. Edición Fondo de Cultura Económica. Bs. As., 2000.
- Gandur, Antonio “Actividad del Poder Judicial frente a los adolescentes en conflicto con la ley penal”, publicado en [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)
- García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.) “Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990/1998)”. Editorial Temis/Depalma. Bogotá, 1998.
- García Méndez, Emilio y Carranza, Elías “Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa”. Publicado en [http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8127:garcia-mendez-emilio-y-carranza-elias-del-reves-al-derecho-la-condicion-juridica-de-la-infancia-en-america-latina-bases-para-una-reforma-legislativa&catid=276:doctrina&Itemid=46](http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=8127:garcia-mendez-emilio-y-carranza-elias-del-reves-al-derecho-la-condicion-juridica-de-la-infancia-en-america-latina-bases-para-una-reforma-legislativa&catid=276:doctrina&Itemid=46).
- Gomez da Costa, Antonio Carlos “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente”, en AA.VV., Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases par a una reforma legislativa. Editorial Galerna. Bs. As.

1992

- Guemureman, Silvia “La contracara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social judicial” en Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel (comps.) “Violencias, Delitos y Justicia”. Editorial Manantial. Bs. As. 2002, págs.169 a 189.
- Gutiérrez, Patricia A. y Gulminelli, Mariana “Sistema de justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires”. Publicado en LLBA 2007 (octubre), 957.
- Highton, Elena; Álvarez, Gladis; Gregorio, Carlos “Resolución alternativa de disputas y sistema penal” Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 1998.
- Hulsman, Louk “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”. en “Criminología Crítica y Control Social” Editorial Juris. Rosario, 2000.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída “Justicia restaurativa”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Bs.As., 2004.
- Kessler, Gabriel “Sociología del delito amateur”. Editorial Paidós. Bs. As., 2004.
- Kunz, Ana y Cardinaux, Nancy “Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesisistas” Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires.
- Laino, Nicolás “Mediación Penal y Justicia Restaurativa. El naufragio del Régimen Penal del Niño”. Publicado en [http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=747:laino-nicolas-mediacion-penal-y-justicia-restaurativa-el-naufragio-del-regimen-penal-del-nino&catid=448:mediacion&Itemid=64](http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=747:laino-nicolas-mediacion-penal-y-justicia-restaurativa-el-naufragio-del-regimen-penal-del-nino&catid=448:mediacion&Itemid=64).
- Leal Suárez, Luisa y García Pirela, Adela. Criminología crítica y garantismo penal. *Cap. Criminol.*, oct. 2005, vol.33, no.4, p.429-444. ISSN 0798-9598.
- Llobet Rodríguez, Javier “Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil”. Pacheco, Máximo (Editor) (1987). Disponible en [http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1159:llobet-rodriguez-javier-costa-rica-derechos-humanos-y-justicia-penal-juvenil&catid=276:doctrina&Itemid=46](http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1159:llobet-rodriguez-javier-costa-rica-derechos-humanos-y-justicia-penal-juvenil&catid=276:doctrina&Itemid=46).
- Maier, Julio B. J. “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, Rev. Justicia y Derechos del Niño N° 2, UNICEF.
- Martínez, Félix A. “Derecho de Menores. Algunas cuestiones procesales y constitucionales”. Ed. Mediterránea. Buenos Aires, 2006.
- Merklen, Denis “Vivir en los márgenes: la lógica del cazador. Notas sobre la sociabilidad y cultura en los asentamientos del Gran Buenos Aires hacia fines de los 90” en “Desde Abajo. La transformación de las identidades sociales” Svampa Maristella (editora). Editorial Biblos. Bs. As. 2000.

- Miguez, Daniel “Los pibes chorros. Estigma y Marginación (claves para todos).”. Editorial Granica. Buenos Aires, 2005.
- Pavarini, Massimo “Control y Dominación”. Editorial Siglo XXI. México, 1999.
- Taylor, I.; Walton, P. y Young, J. “La nueva criminología”. Editorial Amorrortu. Bs. As., 1977.
- Soto, Pamela; Viano, Carolina y Manzano, Liliana “Acerca de la ley de responsabilidad penal adolescente” parágrafo “La privación de libertad. Efectos de la prisionización”, publicado en [http://www.comunidadyprevention.org/opinion\\_03.html](http://www.comunidadyprevention.org/opinion_03.html).
- Teragni, Martiniano “Nuevos criterios en la jurisprudencia penal juvenil argentina, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”. Ed. Lexis Nexis. N° 06/2007 sección Justicia Juvenil, págs. 1113/1122. Bs. As., 2007.
- Tonkonoff Constantin, Sergio “Juventud, exclusión y delito. Notas para la reconstrucción de un problema”. Artículo publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/01032010/criminologia01.pdf>.
- UNICEF y SENNAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) informe “Procedimientos penales juveniles. Estado de adecuación de la reforma legal a nivel provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño”. Bs. As., noviembre de 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General”. 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte General” Editorial EDIAR. Bs. As. 2002.

#### **Fallos analizados.**

- CSJN. M. 1022. XXXIX. RECURSO DE HECHO, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” Causa N° 1174C. 07/12/2005.
- CSJN. L. 1157. XL. RECURSO DE HECHO. “L., L. A. s/ causa N° 5400”. 18/12/2007.
- CSJN. G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”. 02/12/2008.
- CSJN. G. 53, L. XLIV. RECURSO DE HECHO. “G., J. L. s/ Causa n° 2182/06”. 15/6/2010. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los extractos pertenecen al Dictamen del procurador pues la Corte resolvió textualmente “Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.”
- C.22.909 “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación” CNCC de la Capital Federal, Sala I. 17/03/2004

- Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal - Registro N: 1344 - Causa N° 39.520 “Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. S/ expediente tutelar”. Juzgado Federal N° 11 – Secretaría N° 21 Buenos Aires, 6 de diciembre de 2006.
- Dr. José A. Miguel, Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, Tunuyán, Mendoza. Expte. N° 3.786. “M., G. A. R. P/MEDIDAS DE PROTECCIÓN”. 18 de Diciembre de 2.006.
- Dra. Patricia Alejandra Gutiérrez. Tribunal de Menores n° 3 de Mar del Plata, Buenos Aires. Expte. N° XP: "XX- XH – MAR DEL PLATA", Mayo de 2005. Publicado en el sitio de la Fundación Sur ([www.surargentina.org.ar](http://www.surargentina.org.ar)).