

**INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO DE
INAPLICABILIDAD DE LEY Y EXTRAORDINARIO DE
INCONSTITUCIONALIDAD- FORMULA RESERVA DEL CASO
FEDERAL.-**

Excma. Suprema Corte de Justicia
de la Provincia de Buenos Aires:

Julián Axat, Defensor Oficial, en la Unidad Funcional de Defensa nº 16 de La Plata; en IPP 34419-09, IPP 34801-09 Cámara Penal de La Plata, en autos caratulados "C. D. s/Medida de Seguridad" (carpeta de causa nº XXX y XXX del Juzgado Garantías joven nº 3), que tramitaran ante la Alzada-Sala II, bajo el nº D-XXXXX (habeas corpus) y D-XXXXX (Recurso de apelación y habeas Corpus); a VV.EE. respetuosamente digo:

I.- **Objeto.**-

Que conforme la oportuna reserva de cuestión federal que he efectuado en todas las instancias anteriores, y en cada una de las oportunidades procesales que me ha tocado intervenir, vengo por el presente a interponer formal Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, y Extraordinario de Inconstitucionalidad, contra las resoluciones dictadas por la Excma. Cámara de Apelación y Garantías de La Plata (Sala II), en los expedientes referidos "ut supra", en la que no se hace lugar a las acciones de Habeas Corpus y al Recurso de Apelación interpuestos oportunamente contra el dictado de una Medida de Seguridad contra un niño, no punible.-

Conforme a ello, el objeto inmediato que persigue la interposición de este recurso es obtener una declaración de VV.EE. en torno a la cuestión de derecho que se desarrollará en los acápites correspondiente, a fin de que **a)** Se deje sin efecto el

pronunciamiento que aquí se recurre –que ha incurrido en violación y errónea aplicación del derecho constitucional vigente y la doctrina legal - arts. 491, 494, ss. y cc. del C.P.PBA y art. 161 inciso 3º letras a. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. **b)** Se trate la constitucionalidad/inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13634, todo ello conforme art. 479, 489 del C.P.PBA, art. 161 inciso 1º de la Constitución de la Pcia. de Bs. As..-

Hace saber a VVEE, que esta parte no ha interpuesto Recurso por ante el Excmo. Tribunal de Casación Provincial, en razón de lo ya resuelto por VVEE en **acordada 106.383** del día 13 de mayo de 2009 (SCBA- "*Suarez Elías Moises y ot. s/Robo Calific y ot. Incidente Eximición y **Habeas Corpus**. Recurso de hecho*").-

II.- Procedencia y Admisibilidad del Recurso de Inaplicabilidad de Ley.-

II. 1.- Temporalidad.-

El presente recurso extraordinario resulta temporalmente procedente por cuanto el mismo se interpone dentro del plazo previsto por el artículo 483 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, ello en tanto que con fecha 27, 29 y 30 de Octubre de 2009 me han sido notificadas las resoluciones por las cuales se deniegan los habeas corpus y apelaciones interpuestas.-

Asimismo, en la misma fecha, 27, 29 y 30 de Octubre, esta parte ha realizado reserva de recurrir ante la SCBA, ante la Excma. Cámara Penal de La Plata.-

II.- 2.- Ratificación de domicilio.-

Esta parte mantiene su domicilio constituido en su despacho, en la sede de la Defensoría Penal Juvenil n° 16 de La Plata, calle 8 e/56 y 57.-

II.- 3. **Legitimación.-**

Por su parte, la legitimación activa para articular el presente recurso, emana de lo normado por el art. 31 de la ley 13.634 en relación con art. el 21 de la ley 12.061 y el art. 481 del C.P.P., art 37 y 40 de la CIDN.-

II.4.- **Sentencia definitiva en los Habeas Corpus- Necesidad de lograr un doble conforme constitucional.- art. 8. 2. H de la CADH; art. 479 y 482 – 494 del CPPBA.-**

El presente recurso resulta procedente conforme lo establecido por arts. 479 y 482 del CPPBA, por cuanto se ataca una sentencia de carácter definitiva. A la vez que se busca la realización del art 8 inc. 2. H de la CADH, es decir, un doble conforme legal-constitucional.¹⁻

Asimismo, entra en juego el art. 494 y sgts. del C.P.P.; y por haberse aplicado a la resolución cuestionada erróneamente preceptos legales, doctrina, la Constitución y los Tratados (violación al principio especialidad, arts. 3, 9, 12, 37, 40.3 de la CIDN- 75 inc. 22 de la CN-; arts. 26, 59 y 60 de la Ley 13634; art. 2, 3, 19, 27, 28 de la ley 26061).-

Que respecto de la vía escogida, tengo para mi lo resuelto por la Corte Provincial en Acuerdo 22.379 del día 21 de diciembre de 1976, DJBA, v. 111 p.1, voto del Dr. Colombo, "*...la violación o inobservancia de la ley es endilgarle a ella un contenido distinto del que verdaderamente tiene...*".²⁻

II.5.- **Reserva de Caso Federal- Agotamiento de las**

¹ Conforme C. 1757, L. XL, in re "*Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*", resuelta por V.E. el 20 de septiembre de 2005 “

² Juan Carlos Hitters, *Técnica de los Recusos extraordinarios y de la Casación*, 2º edición, La Plata 1998, pag. 271

Instancia Local como modo de habilitar la instancia superior del Máximo Tribunal Federal – Fallos "Strada"- "Di Mascio" y "Christou"(art 14 ley 48).-

Del mismo modo, no debe perderse de vista que en el caso de autos esta parte -en especial en el recurso de apelación interpuesto contra la medida de seguridad dictada- ha invocado cuestiones de naturaleza federal y constitucional de manera de poder lograr -tarde o temprano- llegar al Máximo Tribunal Federal, conforme los precedentes "Strada" ("Fallos", 308:490), "Di Mascio" ("Fallos", 311:2478) y "Christou" (de 19-II-1987, "La Ley", 1987-D-156), entre otros (cf. doct. Ac. 80.570, res. de 17-VII-2003; Ac. 87.203, res. de 22-IX-2004, Ac. 96.735, res. 24-V-2006; entre otros).

En ese entendimiento, los agravios vinculados con la violación de garantías constitucionales de niños y adolescentes - prima facie ponderados y sin perjuicio de lo que corresponda resolver en oportunidad de examinar su procedencia- aparecen idóneos para habilitar la instancia superior en tanto se halla en juego la imposibilidad de transitar por los jueces locales a fin de poder acceder ante el Máximo Tribunal Nacional para discutir eventualmente los planteos federales involucrados en el fondo del asunto (arts. 16, 17, 18 y 75 inc. 22, Convención Internacional de los Derechos del Niño -CIDN- art. 37 y 40 -cf. doct. de "Fallos", 316:2906; 322:1781; 323:3949; 324:803; e.o.; o SCBA Ac. 94.404, 8-VI-2005; Ac. 99.273 15-XI-2006- Respecto de menores especialmente Doctrina de la SCBA AC.99.634 del 13/12/2006 "Gioia, Nicolás E y Sebastián M,. víctima de delito art. 119 CP"; en igual sentido doct. CSJN in re "M. A y otros", sent. Del 27-VI-2002 – causa 104.841).-

II.6.- A modo de conclusión.-

Por todo ello, con el alcance indicado corresponde a VVEE admitir el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, suspendiendo -momentáneamente los efectos de la revocación dictada por el Ad quo. Ello así: 1) conforme lo establecido por el art. 494 del C.P.P. por haber aplicado la resolución cuestionada erróneamente preceptos legales, conforme art. 161 inc. 3º de la Constitución Pcial; 2) de conformidad con el art. 8 H de la CADH, de manera de lograr un doble conforme legal-constitucional; 3) Como modo de asegurar el agotamiento de instancia local, existiendo cuestión federal invocada, para acceder de ese modo al Máximo Tribunal Nacional.-

III.- Procedencia y Admisibilidad del Recurso de Inconstitucionalidad (arts. 479, 489 del C.P.P., art. 161 inciso 1º de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.)-

En la presente causa la Excma. Cámara Penal (Sala II), ha dado tratamiento indirecto a la cuestión constitucional invocada en dos oportunidades por esta defensa: 1) En oportunidad de interponer Habeas Corpus contra la medida de seguridad dictada en IPP 34801-09, con fecha 24/10/09; y 2) En oportunidad de interponer recurso de apelación contra la medida de seguridad dictada en IPP 34419-09, es decir, con fecha 28/10/09.-

Pese a la cuestión constitucional introducida, en ambas situaciones, la Sala II, admitió la legalidad del art. 64 de la ley 13634.-

Es decir, entiende esta parte que correspondería un tratamiento más profundo sobre la cuestión constitucional introducida por esta parte, y por el Alto Tribunal Provincial; de modo de agotar -tarde o temprano- la Instancia Provincial, y llevarlos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Entiendo que resulta posible y viable tachar de

inconstitucional una norma a pedido de parte en esta instancia, incluso de oficio, tal como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que *"... es elemental, en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella", en el mismo sentido ha señalado que: "todos los jueces, de cualquier categoría y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda"* (CSJN Fallos: 149:126, 254:437...).-

Cabe señalar que a diferencia de la vía utilizada para atacar la inconstitucionalidad de la ley 22.278 que tramitara por ante la CSJN: *"G 147 XLIV Recurso de Hecho. García Méndez, Emilio y Musa, Laura; causa 7537"*; se busca aquí analizar la inconstitucionalidad/constitucionalidad de una norma como es el art 64 de la ley 13634 al **"caso concreto"**. Es decir, ningún obstáculo de tipo formal o dilatorio impide en este caso que VVEE trate la cuestión de la constitucionalidad del art 64 de la ley 13634, con el argumento del carril excepcional utilizado o por menoscabo al funcionamiento y competencia de otro poder, como sí lo expresara la CSJN en aquel caso. En tal sentido, en el mismo precedente citado dijo la CSJN: *"les corresponde a los jueces, -en cada caso- velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción..."* y *"...dicten las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia allí previstos."* (la negrita es mía).-

En tal sentido, entiende esta parte que independientemente de la inobservancia de leyes, doctrina legal y violación a preceptos del más alto rango constitucional, atacada -más arriba- por la vía del Recurso de Inaplicabilidad de ley. Corresponde -asimismo- **que VVEE realice un control constitucional del art. 64 de la ley 13634; a la luz de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts 10, 11, 15, 16, 20, 25, 26, 36 2º)** y respecto de las personas **no punibles** que, sin juicio previo, se las somete a medidas de naturaleza punitiva. Ello de conformidad con el art. 479 y 489 del C.P.P., art. 161 inciso 1º de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.-

IV.- Antecedentes.-

1.- Que con fecha 22 de Octubre de 2009, esta Defensoría del joven a mi cargo, interpuso habeas Corpus ante la Excma. Cámara de Apelaciones de La Plata, en razón de la detención y dictado de una medida de seguridad conf. Art 64 ley 13634 contra el joven -no punible- D.C (15 años de edad) por parte del Juzgado de garantías nº 3 del joven, en IPP 34419-09.-

2.- Que en resolución de fecha 26/10/09, la Sala II, D-15.750, rechaza el Habeas Corpus interpuesto, por encontrar el caso adecuado -legalmente- al supuesto del art 64 de la ley 13634 . Que ante dicho rechazo, con fecha 27/10/09 esta Defensa formuló reserva de interponer Recurso de Inaplicabilidad de ley ante esa SCBA.-

3.- Que con fecha 24/10/09, ante la fuga del joven del Instituto en el que se encontraba, el Juzgado dicta nueva medida de seguridad, ampliatoria de la anterior. Contra dicha medida con fecha 26/10/09 se interpone nueva Acción de Habeas Corpus, solicitándose a la Excma. Cámara declare expresamente la inconstitucionalidad del art 64 de la ley 13634.-

4.- Que con fecha 27/10/09, se inicia una Incidencia de competencia entre la Sala II y la Sala IV, siendo resuelto por Presidencia de la Cámara Penal, en razón de la acumulación de procesos contra la persona no punible, y a fin de evitar dispendio, se atribuye competencia a la misma Sala II que ya previniera. En tal sentido, dicha Sala II con fecha 28/10/09, resol- D-15763, rechaza el Habeas Corpus interpuesto contra la nueva medida de seguridad, remarcando que legalidad/inconstitucionalidad del art 64, resultaría extemporáneo, ya que fue tratado en resolución de fecha 26/10/09, D-15.750.-

5.- Que contra dicha resolución, con fecha 29/10/09, se formula reserva ante la Excma. Cámara, de interponer Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad, por ante la SCBA.-

6.- Que con fecha 28 de Octubre de 2009, interpone recurso ordinario de Apelación contra la medida de seguridad dictada en IPP 34419-09, con fecha 22/10/09, recusando con fecha 29/10/09 a la Sala II, por haber prevenido y emitido opinión, en sendos Habeas Corpus anteriores, y para que otra Sala se expida sobre la Constitucionalidad del art 64 de la ley 13634.-

7.- Que con fecha 29/10/09, Resol. D-15.750/1 y 15.763, la Sala II de la Excma. Cámara rechaza el recurso de Apelación, y la Recusación interpuesta, por entender que se trata de planteos que reeditan cuestiones anteriores.-

8.- Que contra dicha resolución, con fecha 30/10/09, se formula nueva reserva ante la Excma. Cámara, de interponer Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad de ley, por ante la SCBA.-

9.- Por todo ello vengo aquí a interponer formal Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley ante la SCBA, por considerar que la Resolución dictadas por la Excma. Cámara Penal de la Plata, ha inobservado y ha aplicado erróneamente preceptos legales, la

doctrina legal y se ha violado la Constitución Provincial, la Constitución Nacional, los Tratados incorporados como la CADH, la CIDN, el PIDyC incorporados. Asimismo, se trata de obtener un doble conforme en los casos de Habeas Corpus interpuestos (art 8.2.h de la CADH). Agotar la Instancia local, como modo de acceder y llevar las cuestiones federales- constitucionales al Máximo Tribunal Constitucional. Por último, vengo a interponer formal recurso de inconstitucionalidad, a fin de que a VVEE declare la inconstitucionalidad del art 64 de la ley 13634, norma violatoria de los derechos y garantías consagrados en los arts. 10, 11, 15, 16, 20, 25, 26, 36 2º de la Constitución Provincial.-

V.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. - Violación a la Convención de los derechos del Niño - afectación al principio especialidad (arts. 3, 9, 12, 37, 40.3 de la CIDN- 75 inc. 22 de la CN-; arts. 26, 59 y 60 de la Ley 13634; art. 2, 3, 19, 27, 28 de la ley 26061.-

El presente recurso se interpone en el entendimiento de que se ha operado en autos una violación o inobservancia de la errónea la interpretación efectuada en autos respecto de los arts. 26, 59 y 61 de la Ley 13634., contraviniendo la Convención de los Derechos del Niño en su art. 40.3. que regula la necesaria especialidad en los organos de juzgamiento, asi como de la misma Ley 13634 en tanto en sus arts. 18 sgts. y ccdtes. establece con meridiana claridad tal principio en lo atinente a la instancia de grado.

Tal violación se cristaliza, a partir de erigir como órgano de alzada en el procedimiento impugnativo a una Sala de la Cámara de Apelación y Garantías Dptal. que no reviste la nota de especialidad necesaria.-

Y ello se ha visto traducido -en el caso que nos toca- en un perjuicio concreto por el tipo de fundamento dado por la Sala II,

al resolver las cuestiones de derecho invocadas por esta parte, con claros resabios de valoración tutelar, no aggiornados a los nuevos criterios especiales rectores de la Convención de los Derechos del Niño.-

Es decir, la Sala no especializada ha dado tratamiento de las cuestiones planteadas sobre niños -no punibles- como si de objeto de tutela y disposición se tratara.-

Por otra parte, el tipo de trato dado al joven D. C, ha violado lo estatuido por ley 13298, y 26061, en todo aquello que implica una remisión inmediata de las vulneraciones de Derechos, por medio del Sistema de Protección de Derechos. Sin avasallar el ámbito de competencia asistenciales que conforme ley 13634 art 827, han quedado en cabeza del Fuero de Familia, y ya no del Fuero Penal Juvenil.-

La inobservancia y errónea aplicación legal, si bien puede impugnarse en forma autónoma en cada caso (errónea aplicación del art 64 ley 13634 y correspondiente remisión al Sistema de Protección de Derechos aludido), entiendo que la raíz del problema está en la competencia de la Sala no especializada y en la errónea interpretación legal que permite que las Salas -en general- de la Excma. Cámara no acostumbradas, ni especialidades al trato de las cuestiones en el marco del nuevo paradigma de la Convención de los Derechos del Niño, producen -y seguirán produciendo en el futuro- agravios del mismo tenor y naturaleza. De allí la necesidad de llevar ante la SCBA -o eventualmente ante la Corte Suprema- el problema "real" y no meramente "formal" que subsiste hasta el momento. Esto es, si es posible que órganos no especializados, revisen cuestiones en las que carecen de idoneidad y preparación formal para hacerlo (como sí la tienen otros funcionarios), en el sentido de la Convención de los Derechos del Niño, ha querido preservar, dando tratamiento a los Niños, que sea distinto al trato de

los Adultos, y que además, no retrotraiga la cuestión al espíritu del viejo Sistema tutelar.-

Esta parte, entiende que los arts. 26, 59 y 61 de la Ley 13634 refieren al trámite impugnativo del régimen penal minoril y atribuyen competencia a esos efectos a la Cámaras de Apelación y Garantías de los respectivos departamentos judiciales.

Si bien no se alude taxativamente al carácter de especialidad que las Salas de la Cámara deberán detentar en el fuero, ello necesariamente debe inferirse de todo el plexo de derecho minoril de Jerarquía constitucional, e incluso como quedara dicho de la misma Ley 13634.

La puesta en vigencia de las leyes 13298 y 13634 ha significado la implementación en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, de un nuevo modelo de justicia juvenil basado en los principios y garantías previstos por la Convención sobre los derechos del niño y demás instrumentos internacionales, en la impronta de un sistema tuitivo de los derechos humanos, conforme la actual tendencia del derecho internacional. Dicha tendencia, ha sido construida como rasgo esencial, a partir de la definición de los atributos de los sujetos objeto de protección de tal legislación, y no por las incapacidades de los mismos.

Tal es la impronta de todos los instrumentos internacionales relativos a la niñez, enmarcados dentro del proceso de derecho internacional, y que específicamente en la materia ha producido un giro desde la concepción del niño/joven como un objeto de tutela hacia la de sujeto de derechos.

El tal contexto la normativa específica, en especial la Ley 13634 ha venido a instaurar el necesario y obligado correlato en la materia de derecho procesal penal, de los cambios producidos a nivel constitucional. Es así que se operó una equiparación al Sistema Penal Procesal previsto para los Adultos (ley 11.922), en tanto

consagración de los mismos derechos; siendo que a su vez se les debe reconocer un "plus de derechos" a la infancia que antes no tenía.-

Esta equiparación resulta una consecuencia natural de mantener el mismo sistema procesal (conforme no discriminación art 2 de la CADH y 2 de la CIDN), agregándose un sistema procesal específico con mejoramiento de los estándares de derechos humanos para la infancia. De allí que los funcionarios judiciales designados conforme a la ley 13634 (arts. 23, 24), deban estar versados en las cuestiones específicas minoriles (doctrinas, jurisprudencias, trato, etc).-

El Principio de Especialidad del Fuero que deviene de la CIDN en su art 40 parraf. 3º, y que recepta la ley 13634,³ se ha mantenido -hasta la fecha- sólo en una primer instancia, sometiéndose -de ese modo- las cuestiones en revisión, a un doble conforme realizado por Salas de las Cámaras de Apelación Deptales. no especializadas, acostumbradas al ejercicio de la jurisdicción bajo los parámetros de la jurisdicción de adultos.-

Lo expuesto, implica el sostenimiento de una doble instancia acostumbrada a resolver cuestiones penales y procesales de adultos, o bien aspectos tutelares de la vieja 10.067, no revistiendo los funcionarios a cargo de la instancia revisora la preparación, formal a partir de la ausencia de especialización en las cuestiones que implican "el plus" de derechos al que hacíamos referencia ut supra.-

Es decir, en una clara absorción del Derecho Penal Juvenil al derecho penal de los adultos, dejando de lado la idea de "plus de

³ Cabe tener en cuenta, como veremos, que la ley 13634, en sus artículos 1, 18, 26, 61 si bien refieren a la Cámara Penal de Garantías como Órgano de Alzada, ello no implica ni contradice que las mismas sean conformadas por Salas Especializadas en la temática Minoril.-

derechos”.⁴

La ausencia de especialización a su vez, ha conllevado a una consecuente disparidad de criterios interpretativos *inter* e incluso *intra* departamentales.⁵ Lo que, agrega al perjuicio de la especialidad misma en tanto materialidad de lo decidido, la inestabilidad propia de la multiplicidad de criterios.⁶

Ello debe aunarse, -necesariamente-, a la inexistencia y negación de que un órgano Casatorio -de última Instancia- pueda brindar pautas hermenéuticas más o menos homogéneas, o adecuó los estándares rectores del Derecho penal Juvenil en todos los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires.⁷

El Principio de Especialidad del Fuero que deviene de la

⁴ Esta no es una impresión nuestra, sino que ha sido una de las conclusiones a la que han llegado los propios Jueces del Fuero de Menores en un Encuentro: “... *En una primera etapa de implementación de la Ley 13.634 se observan disparidades en cuanto a criterios de resolución por parte de las Cámaras de Apelación, debido probablemente a la falta de especialización de sus miembros en punto al Derecho Penal Juvenil y sus reglas específicas. En los Departamentos Judiciales de Alta Litigiosidad se advierte que los plazos con que se resuelven las Apelaciones no guardan relación con la ley 13.634. La dinámica del Fuero Especializado requiere más agilidad, dinamismo y formación especializada en la materia.- Ello torna imprescindible entonces la creación de Alzadas especializadas en los distintos departamentos judiciales. Este requerimiento podría cubrirse satisfactoriamente con la constitución de Salas Especializadas ante las Cámaras de Apelaciones y Garantías Penales...*” Documento elaborado Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Declaración del día 9 de Mayo de 2009.

⁵ Por dar un ejemplo, Departamento Judicial de La Plata, Sala I, en Causa M-14887 Resol. 7/8/09; y Sala IV en Resol.16 de Junio de 2009, Causa S-14978. Diferentes criterios para conceder Recurso de Casación respecto de jóvenes.

⁶ En el Depto. Judicial de La Plata, la ausencia de una Sala Especializada en la materia Minoril, ha implicado no solo disparidad de criterios entre las mismas Salas, sino también arbitrariedades de distinta índole frente a los niños. Situación ésta que motivara la interposición por parte de los Defensores del joven Deptal. de numerosos Recursos Extraordinarios ante el Excmo. Tribunal Casatorio, y ante la SCBA. Por ejemplo: en IPP n° 13567-09, 1810-09; 1859-09, 31895-08; 32026-09; 34784-08, IPP 24464-9, IPP 14100-09, I.P.P. 27575/08, 14.309/09, IPP41750-08. Especialmente, véase el trámite Recursivo con número 106.750 ante SCBA y la gravedad de la cuestión en ciernes.-

⁷ Por Acordada SCBA 106.383 del día 13 de mayo de 2009- “Suarez Elías Moisés Suarez s/Recurso de Queja”- IPP31895-08- Depto judicial de La Plata.- La SCBA determinó que la ley 13634, en sus arts. 61/62, no prevé expresamente el Recurso de Casación. Por lo que, pese al Plus de derechos de la infancia, los Adultos cuentan con una instancia recursiva más que los jóvenes.-

CIDN en su art 40 parraf. 3º, y que recepta la ley 13634,⁸ se ha mantenido -hasta la fecha- sólo en una primer instancia, sometiéndose -de ese modo- las cuestiones en revisión, a un doble conforme realizado por Salas de las Cámaras de Apelación Deptales. no especializadas, acostumbradas al ejercicio de la jurisdicción bajo los parámetros de la jurisdicción de adultos.-

Una situación como esta, genera incertidumbre y atenta contra la seguridad jurídica, en tanto genera riesgo y quita coherencia al servicio de justicia. La consecuencia inevitable resulta la vulneración de garantías constitucionales de los jóvenes en cada proceso.-

Es decir se da una interpretación que no resulta conteste con el marco de la Constitución Nacional que incorpora a través de su art. 75 inc. 12º, la Convención de los Derechos del Niño, y ésta a su vez prevé en su art. 40.3 el principio de especialidad.

Entiendo entonces que la interpretación que correspondía dar a los arts. 59 y 60 de la ley 13634 debe ser conteste con ello. Es decir conteste con el principio de especialidad, que en forma constante es violentado.-

A continuación, se analizarán diferentes aspectos que dimensionan y estructuran el agravio invocado.

a) Principio de especialización del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), define como "niño" a toda persona menor de 18 años de edad, y

⁸ Cabe tener en cuenta, como veremos, que la ley 13634, en sus artículos 1, 18, 26, 61 si bien refieren a la Cámara Penal de Garantías como Órgano de Alzada, **ello no implica ni contradice que las mismas sean conformadas por Salas Especializadas en la temática Minoril.-**

compromete a los Estados Partes a promover el dictado de leyes y procedimientos especiales para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes.

Queda configurado de este modo un límite decisivo para regular dos sistemas penales netamente diferenciados: el Sistema Penal para Adolescentes –destinado a los adolescentes infractores y presuntos infractores hasta los 18 años de edad– y el Sistema Penal General –establecido para los infractores mayores de 18 años–.

El principio de especialidad también surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que establece en su artículo 5.5 “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.”

Como consecuencia de lo mencionado, los principios que deberá respetar la ley de responsabilidad penal juvenil se traducen en:

- Los procesos penales seguidos contra adolescentes deberán contar con una ley de fondo, un procedimiento, y actores procesales especializados en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la ley penal, lo cual conlleva necesariamente al conocimiento de otras disciplinas relacionadas con la materia.

- Los adolescentes serán sometidos a esta justicia especial, mientras que en el caso de encontrarse imputados personas adultas por el mismo hecho, deberán ser juzgadas por la justicia penal ordinaria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el criterio de especificidad y, a través de la Opinión Consultiva N° 17, fijó la condición de los niños, niñas y adolescentes por la cual se debe crear una justicia penal juvenil con el alcance antes mencionado, y al respecto establece:

“... los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión

de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad...”⁹

Siguiendo este criterio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal de nuestro país, al determinar que los niños, niñas y adolescentes por su condición tienen derechos específicos, adopta el llamado principio de “autonomía progresiva”. Este principio ha sido tomado por la Corte, expresando que:

“...la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente, desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. En términos simples, esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por ello, el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (...) De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento.”

⁹ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/2002, párrafo 109.

Asimismo, continúa diciendo: “32) 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 efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado - como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo (...)

33) 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).”¹⁰

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa N° 1174C”,

En igual línea, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, reafirmó el principio de especialidad explicando uno de sus alcances:

“...el artículo 40, inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño refiere que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones “específicos” para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declara culpable de haber infringido esas leyes; y en forma concordante con esa disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales, distintos de los correspondientes a los mayores de edad (O.C. nº 17/2002) (...) En consecuencia, es desacertado supeditar la efectivización del principio de que los menores de edad sean juzgados por tribunales especializados a una eventual modificación de las reglas de distribución de competencia que contiene la ley procesal, toda vez que corresponde también a los tribunales locales el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado.”¹¹

b) La CIDN y la idea de Especialidad de la jurisdicción según el Comité de los Derechos del Niño.-

Como ha sostenido la Corte Interamericana de DDHH *"Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez que sea competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley"*. En este sentido, el artículo 5.5 de la Convención

sentencia del 7 de diciembre de 2005.

¹¹ Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, causa nº 22.821, “Incidente de incompetencia de L.Y.A.”, del 28/12/2005.

Americana contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados antes jueces especializados (Véase Opinión Consultiva- 17/02).-

De este modo, la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), con rango constitucional desde 1994, en el art 75 inc. 22, ha establecido en el art 40 párrafo 3º, el concepto o principio de Especialidad Minoril:

*"... Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades **e instituciones específicos** para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes..."* (el subrayado me pertenece)

Es decidir, frente a cualquier controversia o situaciones que involucren niños y adolescentes, se debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal, la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presenta la figura de la "remisión" a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente, el niño o niña (Véase Opinión Consultiva- 17/02).-

Es entonces la propia CIDN la que establece la idea obligatoria de "especialidad de la jurisdicción" cuando de jóvenes en conflicto con la ley penal se trata. Entendiendo "la jurisdicción" como una primera instancia y una segunda instancia revisora obligatoria que garantice el doble conforme jurisdiccional.¹² Resulta forzado a la luz del texto constitucional citado separar la idea de "jurisdicción" solo a una primera instancia especializada, y olvidarse de la segunda como si allí se agotara. Por el contrario, la segunda instancia especializada

¹² Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", 20 de septiembre de 2005.-

resulta de armónica interpretación constitucional adecuada al parámetro de la CIDN citado, e implica asegurar una segunda instancia que forma parte de la misma jurisdicción especializada.-

Esa misma idea deviene -asimismo- del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, quien en su Observación n° 10 (2007),¹³ ha analizado, en particular, la importancia del concepto de especialidad de la jurisdicción del art 40 párrafo 3° de la CIDN, habiendo considerado -en su capítulo V- los aspectos básicos que implicaría la "Organización de justicia juvenil" preparada para atender el interés superior de los niños:

*"90.A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores **y un sistema amplio de justicia de menores**. De conformidad con el párrafo 3° del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.*

91.En la presente observación general se han expuesto las características que deberían reunir las disposiciones básicas de esas leyes y procedimientos. Queda a la discreción de los Estados Partes las demás disposiciones, lo cual también se aplica a la forma de esas leyes y procedimientos. Podrán establecerse en capítulos especiales de los instrumentos generales del derecho penal y procesal, o reunirse en una ley independiente sobre la justicia de menores.

92.Un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores

¹³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 44° período de sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007. *Los derechos del niño en la justicia de menores*.

especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

*93.El Comité recomienda que **los Estados Partes establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes.** Cuando no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos, **los Estados Partes velarán por que se nombre a jueces o magistrados especializados de menores...**" (el resaltado en negrita me pertenece)*

Podemos decir, conforme a la normativa expuesta que existe un estándar internacional que deviene de la CIDN, y que ha sido interpretado en la necesidad de crear un Fuero Minoril "**en un sentido amplio**", sin restricciones que impliquen formzar el concepto de jurisdicción minoril, solo a una primera instancia, sin tener en cuenta la posibilidad de asignarle a la segunda instancia el logro de una competencia especial..

c) Justicia Penal Especializada para menores de 18 años

A partir de esta diferenciación, las normas internacionales de derechos humanos establecen que el Sistema de Justicia Penal que intervenga en los delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad¹⁴ debe ser especializado.¹⁵ El concepto de "especialización" implica:

1) que los órganos judiciales (jueces, fiscales,

¹⁴ El texto oficial en español de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) define como "niño" a toda persona de hasta 18 años de edad. Sin embargo, a fin de avanzar en una diferenciación etaria del grupo poblacional al que va dirigido el sistema de justicia penal para adolescentes, se opta en el presente texto por denominarlos como "adolescentes" y considerar "niños" sólo a los que están excluidos del sistema penal (Cfr. art. 40, inc. 3.a. de la CIDN).

¹⁵ Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), art. 5.5; CDN, art. 40, inc. .3; Reglas de Beijing, regla 2.3; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directrices 13.d y 14.a y d. En la directriz 14.d se establece como alternativa la posibilidad de que los tribunales ordinarios tengan procedimientos especiales.

defensores oficiales) se encuentren capacitados y tengan competencia específica para actuar cuando los delitos son cometidos por adolescentes.-

2) que los procedimientos se adapten a las necesidades de los adolescentes, previendo incluso estándares más exigentes en comparación con los vigentes para las personas adultas.-

3) que las autoridades administrativas de aplicación del sistema y los establecimientos de ejecución de las penas sean especiales, es decir, diferenciados de los destinados a la población de mayores de 18 años.-

4) que las sanciones penales y las medidas alternativas al proceso penal sean diferentes de las del régimen general.

En otros términos, y conforme a) y b), esto significa que mediante la incorporación de la CIDN al ámbito interno, los Estados se han obligado a establecer un régimen jurídico y una serie de instituciones que actúen específicamente en la investigación y sanción de los delitos cometidos por los adolescentes. Asimismo, requiere que los funcionarios integrantes de estos órganos estén especialmente capacitados en cuestiones relativas a los derechos de niños y adolescentes.¹⁶

En la Provincia de Buenos Aires, los art. 23 y 24 de la ley 13634, garantizan la especialización de los funcionarios

La especialización estará dada entonces por normas, procedimientos, juzgados y tribunales diferenciados de los previstos en el sistema de justicia penal de adultos. Los juzgadores, en este nuevo sistema resuelven los conflictos jurídicos apuntando a que los adolescentes involucrados en estos procesos puedan comprender el daño causado, y que las eventuales consecuencias jurídicas

¹⁶ Reglas de Beijing, regla 22; Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 24; y directriz 58 de las Directrices de Riad.

derivadas de su acto no violen el principio de proporcionalidad, aplicando en primer lugar las sanciones no privativas de la libertad, y utilizando sólo esta sanción como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. En esta inteligencia, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que todos los funcionarios que tengan contactos con niños en el ámbito del sistema de justicia de menores reciban una formación adecuada.¹⁷

d) El Derecho de los jóvenes a no ser tratados como adultos por la jurisdicción de los adultos

En lo que hace a la temática de justicia penal juvenil, la nueva concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho exige, indudablemente, el reconocimiento y estricto respeto del conjunto de derechos y garantías que en el sistema tutelar les fue denegado por incluirlos dentro de la categoría de incapaces o considerarlos meros objetos de protección.

Al niño, como a toda persona, le corresponden todos los derechos y las garantías que tanto nuestra Constitución, especialmente en los artículos 16, 18 y 19, como los instrumentos internacionales de derechos humanos le reconocen. Específicamente, los artículos 3, 12, 25, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, establecen el piso mínimo de derechos y garantías que deben ser respetados cuando se alegue, acuse o declare culpable a algún niño, niña y/o adolescente de haber infringido la ley penal.

Así lo ha expresado la Corte Suprema al establecer que "(...) los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres

¹⁷ Manual de Aplicación, Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina, CRC/ C/15/Add.35, para. 18, 15 de febrero de 1995.

humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición (...)"¹⁸

La asunción de las garantías del Derecho Penal de adultos que se ha producido con el nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil, ha provocado que con frecuencia cuando se hace referencia a éste se tienda a realizar simplemente un desarrollo de las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciéndose una exposición que en definitiva podría ser aplicable tanto al Derecho Penal de adultos como al Derecho Penal Juvenil. C

Desde la entrada en vigor de la ley 13634 se ha ido acentuando una absorción del Derecho Penal Juvenil por el derecho penal de los adultos en relación a las interpretaciones que las Salas de las respectivas Cámaras Penales de segunda instancia, con una jurisprudencia elaborada durante diez años (1998 inicio Código procesal Penal Pcial- ley 11922). Es decir, la Especialidad del Fuero se ha mantenido en una primer instancia, y en el doble conforme se somete a los jóvenes a Salas no especializadas acostumbradas a los parámetro de la jurisdicción de adultos. El resultado de este Sistema es -a la larga- claramente vulnerante de los derechos y garantías de los jóvenes.-

e) El Derecho de los jóvenes a obtener un doble conforme especializado- la ley 13634.-

Como hemos visto ut supra impera la necesidad de garantizar un doble conforme especializado, como parte de una misma jurisdicción especializada en la temática minoril, conformada por Salas de las Cámaras Penales Deptales, creadas a tales efectos.-

Y ello si bien no se encuentra previsto especial y expresamente de la ley 13634 en sus arts. 1, 18, 26, 61, refiriendo

¹⁸ Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005.

el texto legal a la Cámara Penal de Garantías como órgano de Alzada en general, ello no contradice y así resulta coherente con el art 40 párrafo 3º de la CIDN, que la Alzada mantenga y preserve -durante el doble conforme- la especialidad.-

Tanto CIDN en su art. 402bv,¹⁹ como también la CADH, art. 8.2.h; PICDyP, art. 14.5; Reglas de Beijing, regla 7, se tratan de los diversos instrumentos de Derecho Internacional incorporados a la Constitución Nacional que reconocen el derecho que tiene todo adolescente de acceder a un doble conforme, lo cual significa la posibilidad de poder recurrir siempre ante una autoridad judicial superior toda decisión judicial que lo afecte.-

El Comité de los Derechos del Niño, Observación nº 10 (punto 60), ha dicho que: El derecho de apelación (establecido en el artículo 40 2 b) v) de la CIDN), implica que:

“... El niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, **en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia...**”

A mi entender, siguiendo las ideas del Comité de Derechos del Niño, no puede satisfacer las mismas normas y requisitos que el que conoció el caso en primera instancia, si acazo, no se tratara de un Funcionario capacitado y especializado, conforme establece el

¹⁹ “Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley...”.

principio de especialidad del art 40 parr 3º de la CIDN, y a mi entender, quien ha cumplido con los requisitos establecidos por los arts 24, 25 de la ley local 13634.-

d) El avance de la especialización del Derecho Minoril como una conquista en el ámbito de los derechos de la infancia.

Tal como sostiene El Informe de Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia Ministerio de Desarrollo Social (SENAF)- UNICEF- 2007, se trata de avanzar en la idea de especialización.²⁰

Existe a nivel nacional una realidad diversa y compleja, en la que las diferentes jurisdicciones presentan importantes diferencias, tanto en lo relativo a la cantidad de adolescentes incluidos en el circuito penal juvenil como en relación a la cantidad y características de los dispositivos que lo conforman. De allí que resulte prioritario avanzar en el camino de la especialización de las instituciones que intervienen con los adolescentes infractores y presuntos infractores de la ley penal.

El Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño plantea una importante exigencia con respecto a la especificidad de las instituciones –del poder judicial y del poder administrador– dirigidas a los adolescentes infractores y presuntos infractores de la ley penal. Puede decirse que busca delinear una exigencia de trato con los adolescentes y no de tratamiento de los adolescentes.²¹

²⁰ Adolescentes en el Sistema Penal. Informe -Ministerio de Justicia, Ministerio de Desarrollo Social- UNICEF, Universidad Tres de Febrero, Pág. 64, cap. III. Véase http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf

²¹ De acuerdo al Informe SENNAF- UNICEF-2008 "... El trato institucional es, por consiguiente, el requisito de posibilidad para que los adolescentes infractores se integren a la sociedad y asuman en ella una función constructiva; porque en definitiva, son la calidad y calidez del trato interpersonal las que permiten que un adolescente pueda reconocerse en su dignidad y en el valor que su vida y sus actos tienen para los otros. En segundo lugar, para que una institución funcione de acuerdo con esta exigencia, debe requerir de los adolescentes ese mismo trato. No basta con que los adultos traten a los adolescentes conforme a las normas legales y sociales; las instituciones deben, además de producirlo como ejemplo, exigirlo en el

En este marco, una ley Pcial 13634 en la provincia de Buenos Aires, si bien no avanza sobre aspectos de fondo de la materia penal juvenil que aún se encuentra pendiente, se trata de una norma de gran impacto en la construcción de un nuevo régimen, incorporando institutos procesales que permite modificar sustantivamente el régimen aplicable hasta el 2007: la vieja ley 10067.-

El Principio de igualdad ante la ley (Art. 16 CN): Durante la tramitación del proceso se debe garantizar a la persona menor de dieciocho años el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación. Esto significa que deben respetarse todos los derechos y garantías de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, independientemente de la raza, color, sexo idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, condición económica, discapacidad o cualquier otra condición del niño o de su familia.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que: "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en

contexto de un proceso de aprendizaje cotidiano. Tal proceso no está libre de dificultades y por eso, como cualquier proceso educativo, debe ser planificado, conducido y evaluado. Esta condición justifica la denominación de (socio) educativa de la intervención, aun con los límites que deben observar las sanciones penales..." (Cap. III- Pág. 67)

tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza".²²

Específicamente en lo que respecta a niños, niñas y adolescentes, cabe manifestar que: "La CIDN es justamente un tratado contra una especie de discriminación, la de no considerar a los niños dentro de la categoría de las personas humanas. Por ello, el primer criterio debe ser que se les deben reconocer a los niños, niñas y adolescentes todos los derechos que les corresponden a los adultos a no ser que exista un derecho fundamental específico de los niños que resultara más favorable (...)." ²³

h) Derecho de la CIDN operativo - el compromiso a nivel local de mantener el Principio de Especialidad bajo Salas revisoras especializadas.-

La doctrina de la protección integral está compuesta por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y por otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas –y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional–.(Mary A. Beloff, La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno. En CELS- Dep Puerto. Comps.)

²² Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC - 4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

²³ Cillero Bruñol, Miguel, "Los Derechos del Niño: de la Proclamación a la Protección Efectiva", Justicia y Derechos del Niño, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, pág.50.

En este sentido, se ha señalado que "... a los tratados internacionales –mucho más cuando, como es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional– hay que adjudicarles lo que se da en denominar "fuerza normativa". Quiere decir que son normas jurídicas, que tienen aplicabilidad directa y que, para que esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la dimensión sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para esperar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresiones) Cf. Bidart Campos, Germán, Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño, en El Derecho y los Chicos, María del Carmen Bianchi (comp.), Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 37.

Siendo directamente operativos los principios minoriles invocados ut supra al ámbito provincial, entiendo que corresponde realizar una interpretación en función del interés superior del niño, de los arts. 26, 59 y 61 de la Ley 13634, en cuanto refieren al trámite impugnativo del régimen penal minoril y atribuyen competencia a esos efectos a la Cámaras de Apelación y Garantías de los respectivos departamentos judiciales. Es decir, la interpretación más favorables a los niños de dichos artículos, conforme al art 40 de la CIDN; es la que establece órganos de Alzada, especializados en la materia minoril, y que permitan una revisión de los criterios de los organos inferiores conforme al espíritu de la Convención de los Derechos del Niño.-

Por todo ello, es que entiendo corresponde casar lo resuelto por la Cámara Penal, por cuanto la Sala que dictara el resolutorio atacado, viola la Convención de los derechos del Niño, por afectación al principio especialidad: arts. 3, 9, 12, 37, 40.3 de la CIDN- 75 inc. 22 de la CN-; arts. 26, 59 y 60 de la Ley 13634; art.

2, 3, 19, 27, 28 de la ley 26061.-

VI- FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD - art 161 1° de la Constitución Provincial, 489 del CPPBA.- El art 64 de la ley 13634 y la violación a derechos y garantías contenidos en la Constitución Provincial- Relación con la Constitución Nacional y los Tratados- El art. 11 de la Constitución Provincial- y arts.10, 11, 15, 16, 20, 25, 26, 36 2° del mismo cuerpo legal

.-

En primer lugar, entiendo que la totalidad del abanico de derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional incluyendo aquellos que han ingresado por vía de los Tratados Internacionales incorporados mediante el art. 75 inc. 22 de la C.N., **son receptados por la Constitución de la provincia de Buenos Aires a través del art. 11.-**

Dicho artículo establece que: *"Los habitantes de la provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanen en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución".*²⁴

La cláusula provincial resulta -entonces- ser la materialización necesaria de los arts. 5 y 31 de la C.N. El primero establece que *"Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional...";* en tanto que el segundo establece la jerarquía legislativa al sostener que *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras*

²⁴

Cfr. SCBA "Bárcena, Alicia S. c. Provincia de Buenos Aires" del 20/09/00

son la ley suprema de la Nación: y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...".

A partir de la estructura normativa transcrita, se concluye en la afirmación efectuada al comienzo, vale decir, que los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional integran los derechos y garantías de la Constitución provincial. Es decir, pues, que constituye el marco mínimo que la Constitución Nacional exige a la provincial. Esta última no puede descender por debajo de dicho límite, mientras que siempre estará facultada para superarlo, o sea, facultada para otorgar más derechos y garantías que la Nacional.

Dicho esto, cabe afirmar que cuando una ley provincial **(como en el caso el art 64 de la ley 13634)** resulta contraria a cualquier derecho o garantía reconocido por la Constitución Nacional, dicha ley es *inconstitucional tanto respecto de la Constitución Nacional como de la Constitución Provincial*. Si una ley provincial desconoce algún derecho o garantía reconocido por la Constitución Nacional que no tiene receptación expresa en la Constitución Provincial, igualmente se deberá entender que contraría a esta última en virtud del ingreso que los derechos y garantías nacionales tienen en la Carta Provincial mediante su art. 11.

De modo que, el plexo normativo que protege a la Niñez, y que implica la consagración de la Convención de los Derechos del Niño al art 75 inc. 22 de la CN, forma parte de la Constitución local. Tal interpretación resulta acorde con **el art 36 2° de la Constitución de la Provincia que protege especialmente a la Niñez** (con una referencia clara a la Convención de los Derechos del Niño). Por lo que la protección de derechos de la infancia contenido en la Constitución local mejora incluso el estándar de la Constitución Nacional, al tratar el tema en su parte dogmática

como la consagración de un derecho especial. Tal artículo está necesariamente vinculado a los derechos y garantías: arts 10, 11, 15, 16, 20, 25. Constitución Provincial-

Sentado lo expuesto, entiendo que **en autos se ha utilizado -dos veces- para privar de la libertad al joven C. D. de 15 años de edad, una medida de seguridad como la prevista por el art 64 ley 13634,** norma incompatible con el actual Sistema de Responsabilidad y Protección integral de Derechos del Niño a nivel Provincial (ley 13298), en cuanto ha implicado un trato al joven como si de un objeto de tutela se tratara.-

En razón de ello, vengo a solicitar a VVEE, se expida sobre la constitucionalidad del mentado artículo 64 de la ley 13634. En especial teniendo en cuenta, que tratándose de una persona NO PUNIBLE para la ley de fondo (ley 22.278), la aplicación de una medida de naturaleza punitiva, sin juicio formal y previo resulta un adelanto de castigo, agravio de naturaleza constitucional suficiente (art 10, 16 y 18 de la Constitución Provincial, 18 de la CN).-

Planteo aquí la inconstitucionalidad de la figura normativa contemplada por el art 64 ley 13634, por cuanto, la Sala II de la Excma. Cámara de La Plata, ha convalidado su aplicación en forma abierta, sucesiva y extensiva al caso, siendo que creemos que resulta necesario agotar la vías impugnativas y extraordinarias casatorias, a los efectos de uniformar el plexo legal, con orientación a los criterios lógicos axiológicos que imperan en nuestro orden constitucional y por ende en el bloque minoril que comprende.

Que dicha necesidad, responde a la subsistencia de normas, que en el caso del art. 64 no resulta de antigua data, sino que fue legislada con un criterio contradictorio con el de la Ley 13634 y 13298. Con ello, lo que se desea plasmar, es que no sólo se tacha de inconstitucional la norma aludida porque contravenga el bloque minoril, sino porque resulta absolutamente innecesaria.-

Los fines que pudieran perseguirse en la aplicación del art. 64 de la ley 13634, ya encuentran acogida en la conformación de un sistema de promoción y protección de derechos contemplados íntegramente en la ley 13298 (14 sgts. y cctes.) y su sucedáneo nacional 26061 (art. 33). Siendo asimismo fundamental tener en cuenta que el fuero de familia prevé competencia exclusiva en la cuestión asistencial conforme el art. 827 Ley 13634. Por lo que la subsistencia del art 64 de la ley 13634, resulta ser un injerto legal que avasalla competencias y revierte el espíritu del sistema de promoción y protección de derechos establecido desde el paradigma de la Convención de los Derechos del Niño, que entraña impedir tratar a un niño/niña como si de un objeto de disposición se tratara -

Analizaré aquí en detalle estos aspectos:

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 37 obliga a que "Los Estados partes velarán porque: b)...la detención...se llevará a cabo de conformidad con la ley". En su art. 40 inc. 1 establece que *"Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"*. Agrega el inc. 3 *"Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de .. autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; 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."

A su vez el Comité de los derechos del Niño (que es el intérprete de la Convención según la Suprema Corte de Justicia) ha dicho en la Opinión Consultiva Nº 10 titulada Edad mínima a efectos de responsabilidad penal, que: 31. "En el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención se dispone que los Estados Partes deberán tratar de promover, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, pero no menciona una edad mínima concreta a ese respecto. El Comité entiende que esa disposición crea la obligación para los Estados Partes de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP). Esa edad mínima significa lo siguiente:

- Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños.

- Los niños que tengan la EMRP en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero tengan menos de 18 años (véanse también los párrafos 35 a 38 infra), podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención, según se expresa en la presente observación general.

32. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la EMRP no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable. Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola... 34. El Comité desea expresar su preocupación por la práctica de prever excepciones a la EMRP, que permite la aplicación de una edad mínima menor a efectos de responsabilidad penal en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber cometido un delito grave o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro para considerársele responsable penalmente.

El Comité recomienda firmemente que los Estados Partes fijen una EMRP que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor".

Además de las normas constitucionales mencionadas también resultan aplicables otras normativas que si bien no son Tratados, jurídicamente integran lo que se ha dado en denominar el soporte jurídico del paradigma de la protección integral de la infancia y la adolescencia.

Estas son las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); las Reglas de Beijing para la administración de la justicia de menores (Res.40/33); las Directrices de RIAD para la prevención de la delincuencia juvenil(Res. 45/112) y las Reglas de La Habana para la protección

de los menores privados de la libertad (Res.45/113).

Sentado ello, cabe decir que las Reglas de Beijing, indican como principio general el de promover el bienestar del menor y su familia (art. 1), y que deben existir contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el joven imputado, de modo tal de proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño (art. 10). El comentario de la mencionada regla expresa que la misma *"trata de algunos aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros encargados que deben hacer cumplir la ley en los casos de delincuencia de menores. La expresión "evitar...daño" constituye una fórmula flexible que abarca múltiples aspectos de posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje duro, la violencia física, el contacto con el ambiente). Como la participación en actuaciones de la justicia de menores puede por sí sola causar "daño" a los menores, la expresión "evitar...daño" debe, por consiguiente, interpretarse en el sentido amplio de reducir al mínimo el daño al menor en la primera instancia, así como cualquier daño adicional o innecesario. Ello es de particular importancia en el primer contacto con las organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley, que puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad. Además, el éxito de cualquier otra intervención depende en gran medida de esos primeros contactos. En tales casos, la comprensión y la firmeza bondadosa son importantes"*.

Asimismo la regla 4 prevé que "en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual."

La regla 20 establece la importancia de la tramitación

expedita y sin demoras innecesarias de toda actuación referida a niños y jóvenes.

Es a raíz del caso "Verbitsky" que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, con fecha 11 de mayo de 2005 mediante Resolución N°58/05 dispuso *"... ordenar a los señores jueces y tribunales con competencia en materia penal y de menores de esta Provincia que...con la urgencia del caso hagan cesar toda eventual situación de agravamiento que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear la responsabilidad internacional del Estado Federal, y extremen la vigilancia acerca de la observancia de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas", siendo por tanto ello, proveniente de las facultades dispositivas de la Corte como cabeza del Poder Judicial de la Provincia, imperativo para todos los Magistrados..."*.-

Asimismo, cabe señalar algunos aspectos vinculados al viejo modelo Tutelar:

La ley nacional de facto 22.278/80 de Régimen Penal de la Minoridad. Habiendo dictado el Congreso de la Nación la ley 10.903 llamada de Patronato de Menores -en el año 1919-, entendido como sistema de la situación irregular, posteriormente en el mismo ámbito se sancionó el Código Penal estableciendo respecto a los menores de 18 años en los arts. 36 a 39 un sistema mixto, es decir un mínimo de 14 años de edad para la imputabilidad pero a la vez permitía la colocación en correccionales a los menores de esa edad hasta los 18 años de edad, en razón de peligrosidad. Posteriormente la ley 14.394 de 1954 eleva ese mínimo a los 16 años de edad, luego la ley nacional de facto 21.338 de 1976 lo redujo a 14 años, lo continuó también su semejante 22.278 de 1980, para elevarlo otra vez a 16 años la ley nacional de facto 22.803 de 1983. Todos permitían la privación de la libertad de los

menores de determinada edad, alegando situación subjetiva de riesgo, a los que denominan "no punibles".

Pero en el año 1990 la República Argentina incorporó a su derecho interno la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, mediante ley nacional 23.849 de septiembre de 1990, y luego tras la reforma constitucional de 1994 elevada a la jerarquía de la Constitución misma (art 75 inc. 22 CN), y a la ley nacional 26.061 (Oct. 05) de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de modo tal que entró en colisión con el ahora derogado régimen de Patronato de Menores de la ley nacional 10.903 –llamada Ley Agote-. Ahora bien, con la ratificación de la Convención por la ley 23.849 del año 1990 se incorpora el concepto de sistema de responsabilidad penal juvenil para los menores de 18 años de edad, estos es: leyes especiales, órganos especiales, procedimientos especiales y penas especiales en contraposición al adulto, originando un conflicto entre dos normas nacionales que debió resolverse con la aplicación del principio de ley posterior deroga ley anterior. La reforma del año 1994 de la Constitución Nacional al incorporar los tratados de Derechos Humanos mencionados en el art. 75 inc. 22 jerarquiza el rango jurídico de los mismos, equiparándolos a la propia Carta Magna por lo que todas las normas jurídicas inferiores deben respetar esta supremacía.

Así Bidart Campos ("Aportes para la adecuación de la legislación interna", UNICEF Argentina La Ley pág. 7 1993) ha dicho que en virtud del compromiso asumido por la Argentina tanto ante la comunidad internacional como ante su propio pueblo, no se pueden dictar leyes...contrarias a la Convención, ni omitir su cumplimiento, "no se puede 'aplicar' leyes, reglamentos, resoluciones o actos que sean violatorios de los derechos reconocidos por la misma Convención".

Tampoco puede hacerlo la República en virtud de la

obligación contraída con el art. 27 del Tratado de Viena, la Argentina lo suscribió mediante decreto-ley 19.865/72, llamado Tratado de los tratados, que estipula que ningún país miembro puede invocar su derecho interno contra el cumplimiento de un tratado.

Tal primacía del derecho internacional fue jurisprudencialmente determinado por la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Ekmekdjian c/ Sofovich. (CSJ 44.466).

Y esto fue así desde 1990 cuando por ley nacional se incorporó la CIDN a nuestro derecho, pero a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al revestir jerarquía constitucional –como lo otros tratados de derechos humanos citados- la CIDN pasó a ser jerárquicamente, kelsenianamente, superior a cualquier ley –mas aún a una norma que siquiera es fruto de la voluntad popular sino una medida dictatorial como es la llamada ley 22.278- y por tanto debe interpretarse jurídicamente que el art. 1 del mismo, en lo que hace a la posibilidad de privación de la libertad de un joven no punible está modificado por el texto expreso de la Constitución Nacional, pues toda interpretación contraria que haga primar el concepto tuitivo o de seguridad emergente de una dictadura militar - la ley de facto 22.278 es del año 1980- frente al de los representantes del pueblo reunidos en asamblea general de reforma constituyente en el año 1994, es, francamente, repugnante al principio de supremacía de la Constitución y a la Constitución misma.

Que por su parte en el orden nacional, y por ende abarcativo de todas las jurisdicciones de la República, en octubre de 2005 el Congreso Nacional sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentada por decreto del PEN 415/06, derogando la ley 10.903 de Patronato e implementado un sistema acorde con el nuevo paradigma de la Convención Internacional sobre los Derechos del

Niño, de modo tal que se desjudicializan las cuestiones llamadas asistenciales para las cuales se crea un Sistema de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (arts. 32 y ss), la Secretaría Nacional de niñez, adolescencia y familia (arts. 43 y ss) y el Consejo Federal (arts. 45 y ss).

En materia penal falta aún, a dieciocho años de incorporada la Convención de los derechos del Niño, una norma penal compatible con la Convención.

Que siendo ilustrativo y no obstante la extensión, considero conveniente citar textualmente las partes pertinentes del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I integrada por los distinguidos doctores Eduardo Freiler y Gabriel Cavallo, reg. 1344, en causa 39.520 procedente del Juzgado Federal N° 11, con fecha 6 de diciembre de 2006, en que tuvo oportunidad de fijar, respecto a la disposición tutelar –privación de la libertad- de un niño declarado no punible según la ley nacional de facto 22.278/80, modificada por su similar 22.803/83, al declarar inconstitucional la disposición tutelar judicial internativa y disponiendo la intervención del Consejo Nacional del Menor que, “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.-

La cuestión planteada presenta uno de los puntos más controvertidos en torno al sistema de judicialización de menores en nuestro país, y fundamentalmente recepta el debate teórico en torno al diseño de una política legislativa en materia de minoridad y delincuencia juvenil que oscila entre: dar prevalencia a un modelo tutelar, en el que el juez actúa como un padre ope legis del menor de edad (propio del sistema de la ley 22.278, en consonancia con el

art. 412 del CPPN) y dejar ese modelo tutelar definitivamente atrás por su contradicción frente a los derechos reconocidos a los niños por fuentes supralegales.-

La discusión, en la práctica, se traduce en seguir sosteniendo la vigencia del arcaico sistema penal de minoridad, o bien, hacerlo a un lado por resultar incompatible con los postulados constitucionales y reglas internacionales de la misma jerarquía.-

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.-

Así, el artículo 14 de esa ley establecía que "Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital Federal de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca una persona menor de 18 años, acusado o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral...". Creaba el marco para que el Estado actuara con ilimitada discrecionalidad, y dispusiera de los menores por tiempo indeterminado con el único límite marcado por la mayoría de edad, que el ordenamiento jurídico argentino establece a los 21 años. Tal facultad persistía, incluso, cuando el expediente judicial concluía con un sobreseimiento o absolución, y así también cuando se trataba de un niño víctima, pero que a criterio del juez se encontraba en un estado de abandono.-

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....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".-

Las disposiciones heredadas del sistema de patronato, **desconocen, en igual medida, el principio de estricta legalidad.** Tal como explica Ferrajoli, la ley penal, por incidir en la libertad personal de los individuos, *"está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican. Esta es la garantía estructural que diferencia el derecho penal en el estado de 'derecho' del derecho penal de los estados simplemente 'legales', en los que el*

legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley" (Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 2000, p. 379). Por fomentar aplicaciones de tipo sustancialista y decisionista la doctrina de la situación irregular viola esa garantía.-

Respecto de las medidas que la ley penal de minoridad lleva a adoptar durante los procesos seguidos a menores imputados de cometer delitos, es posible afirmar que todas confluyen en la opción de disponer definitivamente o no del menor, vulnerando el principio constitucional de inocencia. La utilización de eufemismos, tales como "tutelar" o "institucionalización", ofrece una visión distorsionada de la realidad, que esconde verdaderas privaciones de la libertad de plazo incierto, independientemente de su responsabilidad penal, con la consecuencia cruda que conlleva toda prisionización empezando por el estigma de quien la padece.-

La formación del expediente tutelar, orientada a la comprobación del estado de abandono o riesgo, material o moral en que pueda encontrarse el menor, es *"donde el juez decide todo lo atinente a la restricción de derechos del sometido a proceso, incluida la pérdida forzosa de la libertad, sin necesidad de que dicha medida guarde relación con lo acontecido en el proceso penal, pues puede continuar la internación, aún cuando el imputado haya sido sobreseído"* (Mary Beloff - José Luis Mestres, "Los recursos en el ámbito de la justicia de menores", en: "Los recursos en el procedimiento penal", Bs. As., Ediciones del Puerto, segunda edición actualizada, 2004, pp. 362/363).-

De este modo, se ha concluido que "el sistema que se aplica en Argentina, combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras: no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención

estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal” (Mary Beloff , “Revista jurídica de la Universidad de Palermo, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, p. 102).-

Desde un punto de vista afín, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional ha criticado la internación, al sostener que: *“estas disposiciones [arts. 1º, 2º, 3º y 3º bis de la ley 22.278 y art. 412 del CPPN] entran en colisión con el derecho al debido proceso y el principio de inocencia, que exigen que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena. Ello en tanto, según el artículo 18 de la Constitución Nacional, cualquier intervención coactiva que se aplique antes de tal resolución definitiva - particularmente cuando se trate de una medida restrictiva de la libertad- debe estar fundada estrictamente en cuestiones de carácter procesal debidamente probadas y debe cubrir una serie de exigencias (mérito sustantivo, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, por el tiempo más breve que proceda), que no aparecen enunciadas en las normas antes citadas”* (CCC, Sala I, CNº. 22.909 “Famoso, s/ procesamiento e internación”, rta. 17/03/04)

Por su parte, la Cámara Nacional de Casación Penal recientemente entendió que “... sin renunciar al distingo ontológico entre prisión preventiva, detención (art. 411 CPPN) y disposición tutelar que ordena un internamiento en un instituto de puertas cerradas, no puede pasarse por alto que todas esas medidas están revestidas de un franco matiz de represión, que son lisa y llanamente, privaciones de la libertad con la agravante de que, en gran parte de los casos, las medidas tuitivas así dispuestas ni siquiera guardan relación con la infracción achacada al menor”

(CNCP, del voto de la Dra. Amelia L. Berraz de Vidal, acuerdo 2/06, plenario N° 12, "C.F., M.R. s/ recurso de inaplicabilidad de la ley", 29/06/2006). Esto último encuentra explicación en que la privación de la libertad en el expediente tutelar se fundamenta principalmente en la personalidad o estado de riesgo del niño, sus condiciones personales o familiares, o la necesidad de ser tutelado.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha censurado la realidad que exhibe el sistema judicial de menores. Sostuvo que "una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del artículo 2º de la ley 22.278 sino también de la hermenéutica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903... (art.21)". "Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos" (" M. 1022 XXXIX, "M.,D. E s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", rta. 7/12/05).-

También dijo, en cuanto a la prohibición de ejercicio de poder punitivo que no se ajuste al principio de culpabilidad, que ella "recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano, y por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral" ("M. 1022 XXXIX, "M., D. E. s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", rta. 7/12/05).-

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.-

De esta manera, se superan los defectos del inquisitivo régimen tutelar, que no lograba a distinguir entre los niños que eventualmente se encontraban en una situación de desamparo de aquellos que particularmente ostentaban un conflicto con la ley penal, y se diseñan políticas diferenciadas según la situación en la que se encuentre el niño.-

En el primero de los casos -desamparo-, la Convención elabora un sistema basado en el desarrollo de su núcleo familiar y sólo contempla excepcionalmente la separación de éste ámbito en función del interés superior del niño y por un periodo de tiempo determinado. A tal efecto, los Estados partes adoptan todas las medidas apropiadas para promover el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos, como así también, procurar tanto la recuperación física y psicológica del niño, como su reintegración social cuando inevitablemente resulte víctima de alguna restricción en el ejercicio de sus derechos (arts. 3º, 4º, 9º, 18, 27 y cctes.). Asimismo, se estipula que estas medidas de protección deberían comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de

programas sociales dirigidos a proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él (art. 19.2).-

En el segundo supuesto -niños en conflicto con la ley penal-, el cambio consiste en abandonar viejas prácticas que convertían la condición de menor de edad en un pretexto para legitimar arbitrarias intromisiones sobre sus derechos en desmedro de los principios rectores de todo proceso penal en un Estado de Derecho, los que paradójicamente sí eran reconocidos a los adultos - principio de inocencia, juez natural, doble instancia y recurso efectivo, principio contradictorio, requisito de publicidad (cfr. arts 37 y 40)-, sino que además se les reconozcan "derechos adicionales y un cuidado especial" (CIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión consultiva OC-17/2002, 28/08/2002).-

En ese contexto, y en concordancia con las obligaciones asumidas a través de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Congreso de la Nación sancionó con fecha 28 de octubre de 2005 la ley 26.061 de "Protección integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente"(Adla, Bol. 29/2005, p. I), derogatoria de la antigua "Ley Agote"- 10.903.-

Desde el ámbito legislativo y con la participación del Poder Ejecutivo Nacional, que no sólo promulgó sino también reglamentó dicha ley por medio del Decreto 415/06, se buscó cumplir con la obligación adquirida y obtener una normativa que se estructure sobre la idea de reconocimiento a toda persona menor de edad de su condición de sujeto de derechos, haciendo hincapié en los derechos y garantías del niño, no obstante su condición de incapaz, y superando el viejo modelo de la minoridad basado en la tutela.-

En el artículo 33, la ley 26.061 asume esta posición que sin dudas concuerda con la filosofía que la ha inspirado, procura la implementación de medidas que, como reza su texto, "son

aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos y garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. ... La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”.-

No obstante, la ley 26.061 contempla la adopción de medidas excepcionales “que son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio” (art 39). Estas soluciones extraordinarias, deben ser adoptadas por un tiempo acotado y debe ser la autoridad local de aplicación quien decida su utilización y establezca el procedimiento a seguir (art 40).-

Recién en esa instancia la ley introduce al juez en un tarea de contralor (“deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción”).-

Ahora bien, de lo expuesto, se deduce que no sólo a nivel internacional, sino también en el ámbito legislativo nacional se ha consolidado la tendencia por reconocer que la doctrina del superior interés del niño y su protección integral constituye el principio rector que gobierna toda decisión estatal en relación con los menores de edad, procurando desplazar los fundamentos normativos que bajo pretensiones paternalistas reivindican los postulados de la vieja doctrina de la situación irregular.-

También ha sostenido la Cámara de Apelación y

Garantías en lo Penal departamental, al revocar una medida de seguridad, que "una interpretación progresiva del art. 1 de la Ley 22.278 permite atribuir la expresión referida a que el Juez 'dispondrá definitivamente' del niño o joven en el sentido de que lo hará a través de su derivación a los Servicios Locales de Protección de Derechos del Niño que actuarán en el marco de Programas específicos establecidos en la normativa provincial..." (Sala III M 22351).

En consecuencia, habiéndose acreditado mediante fotocopia certificada la edad del imputado C. D. no cabía más que el cierre definitivo e irrevocable del proceso con relación al entonces imputado menor de edad, más por un imperativo legal cercano a la imperseguibilidad o extinción de la acción penal del inciso 1 del art. 323 del rito, que a toda otra consideración merituable del juzgador, ello así toda vez que encontrándose dicho joven dentro de la franja etaria respecto a la cual el Estado ha renunciado ipso iure al ius puniendi (art. 1 de la ley nacional de facto 22.278/80, modificada por su similar 22.803) se recepta la manda de la CIDN –texto constitucional art. 75 inc. 22 CN- que en su art. 40 inc. 3 obliga a los Estados miembros a establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, y la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales. Esos niños quedarán exentos de responsabilidad penal, y exentos implica que el Estado renuncia a perseguirlos por hechos considerados delitos y por tanto no pueden ser enjuiciados penalmente, y menos, obviamente detenidos. Esa edad queda librada al criterio de la sociedad de cada país. Puede ser 17, 16, 15, 14, 13 o 12 años de edad. Sin embargo el Comité de los derechos del Niño, en su Opinión Consultiva N° 10 ha dicho: *"Los informes presentados por los Estados Partes ponen de manifiesto la existencia de un amplio margen de edades mínimas a efectos de*

responsabilidad penal. Varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 ó 16 años. En un número bastante considerable de Estados Partes hay dos edades mínimas a efectos de responsabilidad penal... Se considerará que los niños que tienen conflictos con la justicia que en el momento de la comisión del delito tuvieran una edad igual o superior a la edad mínima menor, pero inferior a la edad mínima mayor, incurren en responsabilidad penal únicamente si han alcanzado la maD.z requerida a ese respecto. La evaluación de la maD.z incumbe al tribunal/magistrado, a menudo sin necesidad de recabar la opinión de un psicólogo, y en la práctica suele resultar en la aplicación de la edad mínima inferior en caso de delito grave. El sistema de dos edades mínimas a menudo no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales al tribunal/juez, que pueden comportar prácticas discriminatorias. Teniendo en cuenta este amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal, el Comité considera que es necesario ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones claras con respecto a la mayoría de edad penal".

De todo ello se infiere la endeble posición de la privación de la libertad, o como quiera que se le llame, dispuesta por un órgano penal de los niños y jóvenes no punibles prevista por el art 1 in fine de la ley nacional de facto 22.278 frente al texto expreso de la Constitución Nacional. Entiéndase bien, no es que pueda ser inconstitucional la atribución de responsabilidad por un ilícito a un joven de catorce (o trece o doce) años de edad, en tanto la ley del país hubiere fijado ese mínimo para la edad de responsabilidad pena juvenil; la misma Convención lo habilita. Lo que es inconstitucional es privar de la libertad por un ilícito a una persona de edad menor a la fijada en el país como mínima para la atribución de responsabilidad penal. Eso la Convención, que para

nosotros es Constitución Nacional, no lo permite.

En función de lo expuesto, el texto del art. 64 de la ley 13.634 en cuanto autoriza al Agente Fiscal a solicitar -y al Juez de Garantías decretar- una medida de seguridad restrictiva de la libertad ambulatoria, resulta a mi entender, un resabio del sistema tutelar ya expuesto. Por lo tanto una norma de carácter inconstitucional.-

Ya su antecesor, art. 63 de la ley 13.298 -que establecía un procedimiento de transición entre el decreto-ley 10.067/83 y la que luego fue ley 13.634- tenía un texto que prescribía que respecto a niños inimputables el tribunal de menores podía imponer medidas de protección integral de derechos previstas en la misma ley -entre las que se hallaba la permanencia temporal en ámbitos de atención social y/o de salud- con intervención del Servicio Local. Sin embargo esta norma fue observada por el Poder Ejecutivo de entonces por cuanto "se debe sostener que el precepto contraviene los principios del procedimiento penal acusatorio, debiendo advertirse que las causas que se sustancien por aplicación del régimen penal de la minoridad a tenor del artículo 53, tramitarán por el procedimiento de la ley 11.922 y sus modificatorias, por lo cual el Tribunal de Menores sólo entenderá en aquellas causas en las que haya imputación criminal válida por parte del Ministerio Público Fiscal, circunstancia que no podría darse en el marco de procesos seguidos a niños inimputables en conflicto con la ley penal" (el resaltado me pertenece; fundamentos del decreto 66 del 14 de enero de 2005, promulgando la ley 13.298).

No obstante tanta claridad, en el proyecto de lo que luego fue la ley 13.634 -manda de la ley 13.298- volvió a establecerse la medida de seguridad aunque sólo una vez acreditada la materialidad del hecho y la participación "prima facie" del niño inimputable y exclusivamente por los delitos de homicidio dolosos o

violación. Debía fundarse por escrito, merituando en forma expresa cuáles son los indicadores que hacen conveniente e inevitable su imposición. Deber ser revisada mensualmente y confirmada por el órgano superior, y finalmente caducaba de pleno derecho a los 90 días. (fundamentos del proyecto Mensaje 1504 del Poder Ejecutivo).

Pero mas aún, así como las medidas de seguridad del inc. 1 del art. 34 del Código Penal en todo caso se resuelven en base a las características subjetivas de las personas juris tantum punibles, en el art. 64 de la ley 13.634, para aventar un real derecho penal de autor, se alude a características objetivas de los hechos atribuidos a personas iure et de iure no punibles, paradójicamente a aquellas personas a las que el Estado, voluntariamente, ha decidido excluir del sistema penal, cualesquiera sea la gravedad del delito imputado. Ergo tal medida de seguridad ni siquiera es la del art. 34 del Código Penal, y por tanto, creada por normativa provincial en una materia en la que las provincias han delegado su tratamiento al Gobierno Federal (art. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional) su regulación local también acarrea reparos constitucionales.

Además la propia existencia del artículo 64 genera un absurdo: en una ley precisa en procedimientos, órganos, modalidades y plazos breves (doce horas para convalidar una aprehensión fiscal) para juzgar a aquellos jóvenes punibles, resulta sorprendentemente extraño que tanta precaución sea dejada de lado, precisamente para con los niños no punibles, con lo que paradójicamente para ellos se retrotrae la situación a la existente en el Patronato.-

Los jueces de Garantías –jueces penales– no tienen autoridad ni competencia para realizar estas “intervenciones asistenciales” vía el art 64 de la ley 13634,

ello sin violar derechos y garantías básicas de nuestro estado de derecho; ya que las personas menores de dieciséis años de edad no pueden catalogarse como infractores a la ley penal y bajo ninguna circunstancia deberían ingresar al sistema de justicia penal. Pues, el Estado ha adoptado la decisión político –criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que las personas – menores de dieciséis años – cometan delitos.

La legislación y la intervención estatal sobre niños y jóvenes no pueden olvidar que es parte del ordenamiento jurídico de un estado de derecho y que, como tal, debe brindar garantías y límites al ejercicio de su poder punitivo. La consideración de las personas menores de dieciséis años como no punibles, no puede autorizar el inconstitucional arbitrio judicial porque estos jóvenes también son personas y sólo pueden ser sometidos al poder punitivo del Estado con las debidas garantías que surgen de nuestro estado constitucional de derecho.

Con la vigencia de la ley nacional 26.061 y las leyes provinciales 13.298 y 13.634, que estipulan órbitas de competencia específica en el marco de la "Administración" para el abordaje estatal de la problemática asistencial de niños, niñas y adolescentes, cae así toda responsabilidad y competencia que pudiera haberle correspondido al juez penal que hubiera de entender en aquella causa en que el niño fuera imputado siendo menor de dieciséis años de edad.

El marco regulatorio, tanto federal como provincial imponen así, expresamente el apartamiento de los jueces con competencia en materia penal del análisis de toda cuestión que no haya de relacionarse directamente con el juzgamiento del delito presuntamente acontecido.

De esta forma, la privación de la libertad que habilita el

artículo 64 de la ley 13.634, resulta ilegítima y los jueces de Garantías – jueces penales – son incompetentes para decretar medidas restrictivas de la libertad de personas menores de dieciséis años.

En el nuevo marco normativo y con la nueva institucionalidad que se crea, se establece que las medidas de Protección Integral de Derechos se instrumentar por medio del Servicio de Protección de Derechos correspondiente, que son los responsables de ejecutar los programas, planes, servicios y toda otra acción que tienda a prevenir, asistir, proteger, y/o restablecer los derechos del niño .

Asimismo, tanto la ley 26.061 en su artículo 35, como la ley 13.298, en su artículo 33 establecen que “en ningún caso una medida de protección de derechos a de significar la privación de libertad ambulatoria del niño” , entendiéndose por medidas privativas de libertad las definidas según artículo 11. b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de la libertad .-

Es dable destacar, que en casos como el presente, corresponde a la Justicia Penal, evitar retrotraer el Fuero Penal Juvenil al viejo Sistema Tutelar y del Patronato, no invadiendo la esfera de Competencias del Fuero de Familia.-

En efecto, es evidente que “el acto de disposición tutelar”, contraría lo normado por la ley 26061 (art 33), y es contrario al espíritu de la Convención de los Derechos del Niño.-

En el caso de autos, correspondía al Ad quo que, acreditado el “peligro” o en todo caso: “Vulneración de derecho”, ser consecuente con el nuevo sistema y encausar por la vía administrativa expresamente prevista al efecto por el Sistema de Protección Integral y que se materializa con la intervención de los Servicios Zonales o Locales de Promoción y Protección de Derechos

creados al efecto en la órbita del Poder Ejecutivo Provincial (arts. 14, 18, 32 y ss. de la ley 13.298 y sus decretos reglamentarios), medidas que solo excepcionalmente podrán constituir una restricción de la libertad ambulatoria (arts. 33, 35 inc. h y ccs. de la ley 13.298 y modificatorias, art. 36 de la ley 26.061), quedando reservada al órgano jurisdiccional con competencia en la materia una eventual instancia de contralor judicial de las medidas adoptadas en este marco (art. 827 incs. "v" y "x" del C.P.C.C.B.A.-ley 13634).-

Entiende esta Defensa, que la aplicación de Medidas de Seguridad, implica avasallamiento de competencias al Fuero de familia (art 827 de la ley 13634). Pues dado que las constancias que acreditan un estado de vulneración de derechos de un niño de 15 años, **implican la necesidad de dar tratamiento a esas vulneraciones en un paradigma adecuado a la Convención, y no ser criminalizadas o invisibilizadas, con la clásica Institucionalización.-**

El Nuevo Sistema Penal Juvenil, ley 13634 no tiene ninguna relación con el tratamiento "por disposición tutelar" de personas por debajo de las 16 años de edad. A todo evento, si la Sra. Juez de Garantías del joven, hubiera querido es preservar la salud del joven, privándolo de de su libertad, para lograr, por ej. una internación compulsiva, podría haber dispuesto una medida de internación provisional de conformidad con el art. 168 CPP y haber pasado la competencia al Juzgado de familia Competente, conf. art. 827 incs. "v" y "x"; con la correspondiente y necesaria intervención del Asesor de Incapaces, de conf. Art 108 ley 13634 y 23 ley 12061.-

Desde ya que el Sistema de Institutos Cerrados de la Provincia de Buenos Aires, no se trata de un lugar propicio para alojar a un joven -no punible- con todos sus derechos vulnerados. El agravamiento de sus condiciones de detención devienen en un agravamiento de su situación psíquica y social. En este último

sentido, traigo a colación el voto de la Dra. Oyhaburú, miembro de la Excma Cámara Penal de La Plata, la que sostuvo:

La Excma. Cámara de Apelaciones Deptal, Sala I, con voto de la Dra. Oyhaburu, en causa M-15359 "Marquez Néstor y otros s/ Habeas Corpus", en la cual se plantea el agravamiento de las condiciones de detención de niños menores de 14 y 15 años, alojados en Centros Cerrados de Recepción de La Plata por orden de jueces de otros Deptos judiciales; allí se sostuvo: *"Sin entrar a analizar el poder punitivo del Estado para perseguir penalmente o no cuando el posible autor del hecho es un menor de 16 años de edad o el sustento de las medidas dispuestas para cada uno de los jueces de grado, atento a la aptitud de éste órgano en el presente recurso y como se dejara sentada anteriormente, discrepo con mi colega antecesor por distintos fundamentos y diferente sentido. Considero corresponde hacer lugar respecto del agravamiento de las medidas impuestas en oportunidad sobre cada uno de los menores involucrados, tanto sea en la modalidad como en las condiciones de implementación de las mismas. En ese aspecto, tal como surge de los informes remitidos de cada uno de los juzgados de garantías intervinientes como de aquellos receptados de la autoridad administrativa de aplicación, dichos menores de edad se encontrarían alojados en el Centro de Recepción de conformidad con la Resol. Administrativa N° 172/07- Anexo II- que pertenece al Sistema de responsabilidad penal juvenil destinado a la Recepción, evaluación y derivación, de alojamiento transitorio y para menores de edad -no punibles, entre 16 y 18 años de edad- en conflicto con la ley penal. Por lo expresado y en plena conformidad con la disposiciones de la CIDN, en particular arts. 37, 39, 40 (75 inc. 22 de la CN) así como todo el plexo internacional en la materia, Reglas de Beijing, Directrices de la ONU para la privación de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD). Asimismo, la ley 26061, en su art 19*

"Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a la libertad personal, sin más límite que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La privación de la libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adloscente en un lugar donde no pueda salir por su propia voluntad debe realizarse de conformidad con la normativa vigente". En ese sentido, corresponde ordenar a la autoridad administrativa - Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Promoción y Protección de Derechos- la cual deberá arbitrar de manera inmediata la adopción de mecanismos y acciones concretas para la aplicación efectiva de las medidas de protección integral de derechos y medidas excepcionales, respecto de los menores de edad inimputables del presente habeas corpus; en el caso, dispuestas jurisdiccionalmente para cada uno de los menores de autos. A la par, se impone urgente el traslado de los menores de edad de autos del actual lugar de alojamiento al de un servicio adecuado para la asistencia, atención y contención de dichos menores de edad, acorde a sus particularidades e individuales características, bajo la modalidad que la especial condición de cada uno requiera y la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el deber de adoptar todos los recaudos para hacer efectivos esos derechos. Así lo voto...".-

Por ello, lo prescripto por la normativa, jurisprudencia y doctrina citadas supra, encontrándose el joven de autos en una situación susceptible de restricción ilegal de su libertad personal, semejante en su naturaleza jurídica a los casos en que aparece prima facie prescripta la acción penal o la pena, de conformidad con lo previsto por los arts. 18 corresponde hacer lugar a la presente Apelación y declarar la inconstitucionalidad del art 64 de la ley 13634 al caso que se trae, por violación del art 11 de la Constitución Provincial- y arts.10, 11, 15, 16, 20, 25, 26, 36 2º del mismo

cuerpo legal; de los arts. 18, 33 de la CN, 75 inc. 22, Convención de los Derechos del Niño, en especial en los art 3, 12, 37 y 40, art 8, 19 de la CADH, art 33 ley 13298, art 1, 2, 3, 27, 28, 33, 35 de la ley 26061.-

VI.- RESERVA CUESTIÓN FEDERAL.-

Conforme los argumentos expuestos ut supra, los que evidencias agravios de naturaleza constitucional, hago expresa reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia Nacional, en los términos de los arts. 14 y 16, segundo párrafo, de la ley 48 y la doctrina emergente del mismo. Ello por encontrarse comprometidas, conforme lo planteado, las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso sustantivo de los menores (arts. 1, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 3, 12, 37 y 40 de la CIDN, 11 y 25 de la Const. Prov.); y la obligación de velar por la forma federal de gobierno, la potestad provincial de administrar justicia y la supremacía de la Carta Magna (arts. 1, 5, 31, 116, 117 y 118 de la C.N.).-

XI.- Petitorio.-

Por todo lo expuesto, de VV.EE. Solicito:

1).- Téngase por interpuestos en legal tiempo y forma y declare admisibles el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley e inconstitucionalidad, teniendo en cuenta la gravedad institucional invocada.

2) Oportunamente revoque la sentencia recurrida en los diversos sentidos requeridos por esta parte.-

3).-Oportunamente declare la Inconstitucionalidad del art 64 de la ley 13634, por ser violadora de la Constitución Provincial y Nacional.-

4) Tenga presente la cuestión federal invocada de forma de habilitar oportunamente la vía de acceder al Máximo

Tribunal Nacional.-

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.