

Niños y adolescentes en conflicto con la ley... o ¿ley en conflicto con los niños y adolescentes?¹

Años atrás, no respetar los derechos de los niños era aberrante. Hoy, además, es inconstitucional ²

*Por Pablo Alejandro Barbirotto.

En base a la resolución revocada por la Excelentísima Cámara Primera, Sala Segunda de la ciudad de Paraná, se hace necesario responder una serie de interrogantes a los cuales intentaremos dar respuestas a la luz de los instrumentos provinciales, nacionales e internacionales que rigen la materia penal y procesal penal de niñas, niños y adolescentes, como así también en los fallos más trascendentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que abordan esta especial temática y en las opiniones consultivas vertidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño.

a) **¿Es constitucionalmente adecuada la normativa aplicada por el a quo para fundamentar su resolución?**

En la resolución atacada se dispuso una medida tutelar de internación, por el plazo de 60 días, para contar con una evaluación psicológica de los adolescentes sospechados como autores del delito de homicidio y de su grupo familiar, para una futura reinserción social, basando su fundamentación en el artículo 32° de la ley 9.324. Este artículo establece que *“en ningún caso se decretará la prisión preventiva del menor; ordenándose su internación y custodia únicamente cuando así lo requiera su protección, reeducación, hubiera motivos fundados para presumir que no cumplirá con la orden de citación o que intentará destruir los rastros del hecho o se pondrá de acuerdo con sus cómplices o inducirá a falsas declaraciones. El juez propenderá a dejarlo con su familia pero, de no resultar esto posible, por orfandad o inconveniencia, dispondrá su internación en un establecimiento tutelar, oficial o privado, o lo encomendará a persona idónea.”* Ello según reza la resolución fundado en el Interés Superior del Niño conforme los artículos 3° de la Convención de los Derechos del Niño y 7° de la Ley 9.861.

En primer término debe aclararse que la ley provincial 9.324, conocida como el **“Estatuto Jurídico de los Menores”**, fue derogada por la ley 9.861, que solo

¹ Adaptación de título de nota realizada al amigo y colega Rodrigo Morabito. “Una ley en conflicto con los menores” . Pagina 12, Lunes 31 de octubre de 2011

² Unicef - Oficina de Argentina

conserva vigente el **Capítulo III** de aquella, relativo al procedimiento penal de niños y adolescentes.

La derogación de la ley 9.324 se efectuó a los fines de adecuar la legislación provincial a los contenidos y principios rectores establecidos en la Convención Sobre Los Derechos del Niños, a la Constitución Nacional y a la Ley 26.061, pues la ley 9.324 era notoriamente contraria a la ideología de estas superadoras normativas. Lamentablemente, el legislador entrerriano optó por mantener en vigor el **Capítulo III**, hasta tanto se reforme el Decreto Ley N° 22.278 que regula que regula el denominado “**Régimen Penal de Menores**” y se encuentre vigente el procedimiento acusatorio en toda la provincia. – Ley 9754-

Es importante mencionar la ley 9.324 fue inspirada en la nefasta lógica del patronato de la infancia –**ley 10.903-**, y le otorga al juez penal de menores (*actualmente denominado de Niños y Adolescentes*) amplísimas y discrecionales facultades de “disposición” sobre el niño infractor, aunque ello implique pasar por encima de la voluntad de sus progenitores; la imposición de medidas de internación por tiempo indeterminado e indistinción entre adolescentes infractores a la ley penal, abandonados y hasta con la propia víctima del delito.

Esta forma de intervención hace correr el riesgo que al niño imputado de cometer un delito **NO** se lo juzgue por su conducta contraria a la norma penal, sino por su condición de peligroso, de abandonado o de alguien a quien se debe proteger. Pues, para esta ley, el niño es un **OBJETO DE PROTECCIÓN**, pero no un **SUJETO DE DERECHO** conforme lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por estos motivos, y a sabiendas de esta manifiesta incompatibilidad hasta con la propia constitución nacional -art. 75 inc. 22-, la ley 9861, expresamente dispone que “...*las disposiciones del CAPITULO III –NORMAS DE PROCEDIMIENTO PENAL, contenidas en la Ley N° 9324 deberán ser interpretadas y aplicadas con arreglo a los principios establecidos en los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 19 de la Ley Nacional N° 26.061 y de su Decreto reglamentario N° 415/2006 y en el artículo 22 de este cuerpo legal, de modo de garantizar a los niños y adolescentes imputados de la comisión de un delito el pleno respeto de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos*”.- Cfr. Art.77-

Por lo tanto, la aplicación de la ley 9.324, en su capítulo vigente, no puede ser aplicada ni interpretada en forma aislada, sino a la luz del Corpus Juris Internacional de Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes en el sistema de justicia penal y procesal penal juvenil.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido al *corpus juris* en materia de niñez, como el reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “**Villagrán Morales**”, ha subrayado que el *corpus juris* de protección de los niños, niñas y adolescentes es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos y hace referencia a otros instrumentos universales no vinculantes, como son las Reglas de Beijing y las Directrices de RIAD, pero aquí la Corte no se refiere a ellos como fuente de obligaciones para los Estados, sino a su contenido como descriptivas de deberes que le conciernen.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); la Opinión Consultiva N°17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su intervención ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Observación General N° 10 (2007) sobre los Derechos del Niño en la Justicia de Menores, si bien no tienen la fuerza vinculante de los tratados incorporados al derecho doméstico, son obligatorios por ser manifestaciones de voluntad e intención de la comunidad de las naciones, según lo dispone la **Convención de Viena** sobre la interpretación de los tratados.

Asimismo en nuestro país el Decreto Nacional N° 415/2006, que reglamenta el artículo 19° de la ley 26.061 de “**PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**” establece que a estos instrumentos supra mencionados, se los considera parte integrante de ese artículo y por lo tanto de esa ley. Finalmente, deben también tenerse en cuenta como parte integrante de este corpus Juris, las consideraciones vertidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Maldonado” (C.S. 2005/12/07) a las cuales la resolución de la Excelentísima Cámara hace referencia.-

b) ¿La internación a los fines tutelares o terapéuticos durante el proceso penal, implica una medida privativa de la libertad del niño y/o adolescente supuestamente infractor?

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad –11 inc. b) enuncian que *“por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como internamiento o alojamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de dieciocho años de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”*

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado oportuno recordar esta definición, puesto que cuando se trata de niños es común que la normativa aplicable a menores de 18 años de edad evada la utilización de palabras tales como cárceles, privación de libertad, encierro o celdas, sustituyendo estas palabras por eufemismos como hogares, residencias socioeducativas, centros de atención integral, internación, dormitorios, albergues, entre otros.³

³ CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Ob.cit. Párr 335

La privación de la libertad de los niños infractores a la ley penal es la excepción y el último recurso. En este mismo sentido la Convención sobre los derechos del Niños, en su artículo 37.b. y, en consonancia con ella, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad – N° 2- imponen que la privación de libertad de un niño y/o adolescente deberá decidirse como **último recurso** y por el **período mínimo necesario** y limitarse a **casos excepcionales**.

c) ¿La resolución revocada, afecta el principio de inocencia?

Disponer la internación, o mejor dicho la privación de libertad, de una niña, niño y/o adolescente sospechado – aun no procesado- de haber infringido la ley, a los solos fines tutelares y/o terapéuticos, implica un seria violación al principio de inocencia.

En este sentido, el artículo 8.2.g. de la Convención Americana, establece claramente que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Asimismo, la Regla N° 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, señala que se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. [...]

Resulta claro, que el artículo 8.2.g. de la Convención Americana y la Regla N° 17 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, deben interpretarse en relación con el artículo 40.2 b i) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este apartado dispone que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

La presunción de inocencia es un pilar básico del sistema penal en un Estado de Derecho y es fundamental para la protección de los derechos y garantías de los niños que sean inculcados de la comisión de un delito. Esta garantía se materializa en una doble dimensión: **como regla de tratamiento y como regla de juicio**.

La *regla de juicio* viene referida a la valoración de la prueba en el proceso penal, reservada siempre al juez o tribunal, partiendo del principio de la absoluta inocencia del niño acusado y hasta que esta se desvirtúe mediante la aportación y valoración, más allá de cualquier duda razonable, de la adecuada prueba de cargo válida y la consecuente declaración de su culpabilidad por sentencia firme, dictada en un proceso judicial seguido conforme a las exigencias y garantías legales.

Por otra parte, como **regla de tratamiento**, la presunción de inocencia exige que el niño imputado sea tratado por la sociedad como si fuese inocente, hasta que una condena judicial definitiva declare lo contrario, mereciendo entre tanto el derecho a exigir incondicionalmente, frente a todos, poderes públicos y particulares, la consideración y el trato de no autor o de no partícipe en hechos de carácter delictivo, más allá de las meras apariencias o simples conjeturas. Ni la denuncia policial, ni la declaración de la condición de imputado o el Auto de Responsabilidad, tienen capacidad para poner en discusión el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En base a lo expuesto, esta garantía no debe ser desconocida en nombre del interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del

Niños y por lo tanto disponer una internación a los fines terapéuticos implicaría una clara violación al principio de inocencia consagrado constitucionalmente, pues faculta a los jueces a "disponer" de la persona del niño o adolescente, aun inocente, aplicando medidas "tutelares" que implican la privación de libertad previa a la sentencia con un margen de objetable discrecionalidad dentro de un Estado de derecho.

d) ¿La libertad de un niño y/o adolescente de quien se alegue haber cometido un delito, debe ser la regla durante el proceso penal?

Cuando hacemos referencia a niñas, niños y/o adolescentes de quienes se alegue haber cometido un delito, es primordial tener en cuenta que durante el proceso penal juvenil la libertad es la regla.

La privación de libertad durante el proceso debe tener carácter excepcional y ser aplicada sólo como medida de último recurso, por tiempo determinado, siendo éste el más breve posible.

Esto es así por que la privación coactiva de la libertad personal reviste siempre el carácter de sufrimiento humano, y, por ende, tiene en todos los casos naturaleza punitiva. Es que la prisión, aun cuando se disfrace bajo el ropaje de una medida tutelar o terapéutica, es una medida estatal coactiva y destructiva de la personalidad humana, que hace perder a quien la sufre contacto con la sociedad, con sus familiares y allegados, estigmatizando al niño de un modo difícil de revertir y generando, en la gran mayoría de los casos, más perjuicios que beneficios. Ningún recluso (y, por ende, ningún joven coactivamente "internado") es tratado como inocente, por la sencilla razón de que se le hace perder su libertad y, con ello, se lo somete a un indiscutido castigo.⁴

e) ¿Cuando se puede privar de libertad a un niño y/o adolescente sospechado o imputado de cometer una infracción a la norma penal?

La libertad personal del niño sólo podrá ser restringida cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley. Por lo tanto la prisión preventiva tendrá carácter excepcional, y deberá estar limitada por los principios de inocencia, necesidad y proporcionalidad. Única y fundadamente, bajo pena de nulidad, podrá ser decretada cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho y las condiciones personales de la niña, niño y/o adolescente imputado hicieren presumir que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. Además, en virtud del principio de proporcionalidad, sólo podrá ordenarse judicialmente la privación de libertad provisional cuando el hecho imputado pudiere ser sancionado con privación de libertad.

Por lo tanto en el caso bajo análisis podría haber sido planteada si se habría constatado riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación fundada en circunstancias objetivas. Requisitos que no se produjeron, pues los sospechosos se presentaron

⁴ VITALE, Gustavo "Ley de Niños y Adolescentes de Neuquén. Ob. Cit Comentario al artículo 66°.

espontáneamente ante el conocimiento de que pesaba sobre ellos una posible imputación.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *“Suárez Rosero Vs. Ecuador”* ha expresado que “Con respecto a la detención preventiva, la Comisión resalta que la jurisprudencia internacional reiterada sobre su aplicación en el sentido de entenderla como una medida excepcional que **debe responder exclusivamente a fines procesales** (resaltado me pertenece), adquiere especial relevancia cuando se trata de niños y niñas que por su condición se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad.”⁵

Por ello, sólo se justifican cuando exista un real peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad o peligro de fuga. Incluso dentro de las mismas, se dará preferencia a las menos gravosas (por ejemplo una medida sustitutiva antes que la prisión preventiva).

Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos determinan que nadie puede ser sancionado y menos aún privado de su libertad antes de ser condenado por haber cometido un delito. (Cfr. Reglas de la Habana N° 17).

En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutivas. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de niñas, niños y/o adolescentes y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la aplicación de la prisión preventiva a personas menores de edad en el caso *“Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”* – Párrafo 229- señalando que: [...] la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales de derecho universalmente reconocidos”.⁶

Además, La Regla. 13.4 de Beijing, el Art. 37 inc. c de la Convención sobre Derechos del Niño, la regla N° 29 de Reglas de Naciones Unidas Para la Protección de los Menores Privados De Libertad y el artículo 5.5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos precisan que los niños y/o adolescentes detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables. Es decir no sólo debe estar separado de las personas adultas sino también de otros jóvenes condenados.

¿Es vinculante para el juez el dictamen del ministerio pupilar?

Plantamos este interrogante, pues si bien el Ministerio Pupilar es parte legítima y esencial -so pena de nulidad- en todo proceso donde se controviertan los intereses de los niños y adolescentes, su dictamen no es considerado vinculante para el juez o tribunal.

⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

⁶ CIDH. Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Ob.cit. Párr 290

Pero el fallo de la Excelentísima Cámara Primera Sala Segunda, remarca en el penúltimo párrafo de su resolución que el a quo a privó de libertad a los adolescentes recién indagados, desoyendo al ministerio que los representa.

Este párrafo pareciera otorgarle al dictamen del Representante del Ministerio Público Pupilar carácter vinculante o al menos una naturaleza cuasi imperativa para el juzgador, debiendo este, en caso de desoírlo, fundar objetiva y acabadamente los motivos por los cuales se aparta de su dictamen.

CONCLUSIÓN

Han pasado más de veintidós años desde que nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, casi diecinueve años que el convencional constituyente le asignó rango constitucional a este importantísimo instrumento, más de siete años de la sanción de la ley 26.061 y más de cuatro años de la sanción ley 9.861 y los interrogantes y las maneras de intervención siguen siendo las mismas.

A pesar de estas normativas, en los discursos dominantes sigue existiendo una amplia demanda por la privación de libertad para los niños y jóvenes sospechados -ni siquiera procesados- de cometer actos contrarios al ordenamiento penal.

No descubrimos nada nuevo si decimos que el encierro siempre resulta nocivo para los niños, pues los priva de su vida familiar, social, educacional y en definitiva de la posibilidad de un desarrollo integral, que es uno de los objetivos principales del Derecho Penal de Niños y Adolescentes.

Al privarlos de su libertad, ingresan a instituciones que los mantienen recluidos, bajo el pretexto de protegerlos o tutelarlos, participando de un sistema que no los identifica, generalmente sin realizar ninguna actividad encaminada a lograr su inserción social y que principalmente los estigmatizan como delincuentes.

Estas formas de intervencionismo tutelar hacen del Derecho Penal Juvenil un **NO** derecho penal, que pareciera estar programado para la ayuda del infractor. Un **NO** derecho penal que cumple una función netamente tutelar, de protección, pero que en la realidad no deja de ser puro control social de los niños y adolescente pobres. Un **NO** derecho penal que les otorga a los jueces facultades amplísimas para supuestamente proteger a los infractores menores de edad y la investigación del hecho imputado se convierte en algo anecdótico, pues solo importa “salvar al niño”. Y para salvarlo, leyes como la 9.324, le confieren al juez discrecionales potestades que van desde entregarlo a su familia hasta internarlo – privarlo de libertad- en un hogar o residencia socioeducativa de manera indeterminada en cuanto a su duración.

Todo esto, según el discurso tutelar, lo hace el derecho penal de niños y adolescentes en “Beneficio de los niños”. **“POR QUE TE QUIERO TE APORREO”**, suele decirse, aunque en verdad el juez le dice al niño: *“Por que te quiero te encierro en una cárcel, pero no te preocupes que se llama “hogar” o “residencia socioeducativa” y lo haré siempre para protegerte”*⁷

⁷ VITALE, Gustavo. “Suspensión del proceso penal a prueba.” Pag.378, 2da. Edic. Bs. As.2004 Edit. Del Puerto.

Debe quedarnos muy claro que la libertad personal del niño sólo podrá ser restringida cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Entonces, a partir de esta realidad normativa, nuestro desafío debe consistir en la interpretación del capítulo III de la ley 9.324, no en forma aislada, sino en conjunto con el resto de la normativa constitucional y convencional aplicable, como parte de una estructura sistemática, de modo que mejor se concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, en especial con la Convención sobre los Derechos del Niño

Siempre que sea posible, debe privilegiarse la permanencia del niño y/o adolescente dentro de su grupo familiar y en el caso de no existir este, o la familia no brinde los cuidados o no cumplan sus deberes inherentes a la patria potestad, el Juez Penal debe dar intervención a los órganos administrativos de protección de derechos del niño, niña y adolescentes en el marco de las leyes 26.061 y 9.861 a los fines de adoptar la medida de protección de derechos que la situación particular del niño amerita. Es decir que si el niño o adolescente imputado se encuentra en riesgo o existe una vulneración de sus derechos debe tratárselo como una víctima y no como un victimario, aplicando la normativa y el fuero correcto (familia) para garantizarle sus derechos esenciales que como niño y sujeto de derecho le corresponden, debiendo limitarse el fuero penal juvenil a investigar el hecho contrario a la ley penal.

La institucionalización del niño en el marco de un proceso penal sospechado de la comisión de un delito, por no haber tenido la suerte de nacer y crecer en un hogar donde se lo proteja, se lo contenga, va a tener efectos totalmente contrarios a los que se pretenden, mas allá de las buenas intenciones, solo servirá para estigmatizarlo como delincuente o "pibe chorro".

El sistema penal no va a resolver absolutamente nada por que interviene cuando todas las instituciones previas que deberían haber visualizado y solucionado el conflicto, no pudieron, no quisieron o ni siquiera vieron el problema, la primera de esas instituciones es la familia, la escuela, el barrio, el sistema de salud, la ayuda social, etc.

Por ello hay que ser muy cuidadosos y saber que el primer y más importante aporte a la protección de derechos de los jóvenes supuestamente infractores está en la construcción y fortalecimiento de un **SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS**, eficaz y con financiación acorde a su efectiva intervención.

Pretender solucionar un problema social con el código penal, además de ser una locura es totalmente inútil.

* Defensor de Pobres y Menores N°8 de Paraná/Abogado/Escribano/ Especialista en Derecho Penal/ Doctorando en Cs. Jcas. Y Soc.

Autos: N° 25349, A, E- R, J E. E. S/ Homicidio.

Organismo: Cámara Primera Sala Segunda.-

Lugar y Fecha de la Resolución: Paraná, 6 de marzo de 2012.

Defensa Técnica: Dres. Rubén Pagliotto y Humberto Franchi.

Ministerio Público Pupilar: Dr. Pablo A. Barbirotto.
Primera instancia: Juzgado Penal de Niños y Adolescentes

VISTOS:

Estos autos caratulados "A,V. H. E. – R., J. E. E. S/ Homicidio", traídos a Despacho para resolver y

CONSIDERANDO:

1- Contra el Auto de fs. 24/26 que dispone la aplicación de la medida tutelar normada por el art. 32 de la ley 9324, respecto de los menores A. y R., dispuesto por el Sr. Juez Penal de Niños y Adolescentes, Dr. Mario Gómez del Río, interponen recurso de apelación sus defensores, Dres. Rubén Pagliotto y Humberto Franchi, a fs. 27/33.

2- Indican los letrados en sus agravios que debe revocarse de inmediato la medida por injusta, ilegal e ilegítima; que ambos prevenidos no han tenido una voluntad esquivada al requerimiento de la justicia, ni han obstaculizado el proceso puesto en marcha; invocan la necesidad que se declare la inconstitucionalidad de la ley 9324, por haber sido derogada, dicen, por la legislación provincial, nacional e internacional.

Expresan asimismo que la medida viola lo dispuesto en las reglas de La Habana y en las Reglas de Beijing, sobre la privación de libertad de un menor como último recurso y por un período de tiempo necesario y limitado a casos excepcionales.

Definen que es lo que entienden por privación de libertad- toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado de donde no se le permita a alguien salir-, y que no se han respetado las exigencias normativas previstas para la toma de medidas de protección sobre adolescentes.

Agregan que tampoco se han respetado las leyes 22.278 y 26.061, la Convención de Derechos del Niño ha sido interpretada en forma errónea, y discurren sobre el fallo Delfín Borro, y la interpretación y alcance que se les debe dar a los arts. 313 y 314 del C.P.P.

Plantean además el necesario control de convencionalidad que debe dársele a la ley 9324.

Posteriormente, en oportunidad del mejoramiento en la audiencia "in voce" solicitada al efecto en esta instancia, el Dr. Franchi expresó la cuestión de las dos posturas, de internación de menores y de prisión preventiva, y que hay un cambio de paradigmas respecto de la antigua institucionalización de menores. Que la medida afectaba los derechos de sus pupilos, en cuanto se entiende que la internación es una forma de coerción, y no es lógico separar a los padres de los menores: invocar una cuestión terapéutica es un plazo excesivo (60 días). Interesó además se tachara de inconstitucionalidad la ley atacada.

Oído que fuera el Ministerio Público Pupilar en la misma audiencia, éste expresó que compartía la postura de la defensa, y que la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 37, consideraba que la privación es el último recurso, por lo que se deben buscar otro tipo de medidas, y recordar que los menores gozan de iguales garantías, que remiten al pacto de Derechos Civiles y Políticos. Si el Juez consideraba que existía una situación de riesgo se debió considerar otra vía para protegerlo; que corresponde apelar al criterio de la Corte Interamericana donde ha establecido al tribunal que no solo corresponde hacer el control de constitucionalidad sino de convencionalidad -acorde al Tratado- y este control debe hacerse incluso de oficio. Citó fallos y solicitó los niños sean puestos en libertad, y que se exhortara al CopNaf para que realice los informes pertinentes en un lapso acotado de tiempo.

2- El Sr. Juez, oportunamente, había dictado una medida tutelar de internación, de 60 días, para contar con una evaluación psicológica de los adolescentes y de su grupo familiar, para una futura reinserción social. A la medida la funda en el art. 32 de la ley 9324, en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Provincial 9861; a su vez, dice que es a los fines del valor terapéutico pero que se relaciona con el interés de los adolescentes, sospechados de un hecho que le costó la vida a otro niño. Y eso, expresa, en el ámbito institucional, porque sus representantes legales no están en condiciones de ejercer el rol de adulto responsable; a

pesar de que la medida, dice también en el resolutorio hoy apelado, no se debe confundir con la prisión preventiva, ni olvidarse que los niños y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos.

3- En estado de analizar la cuestión entendemos que en virtud de los argumentos vertidos por la defensa, pero también y fundamentalmente los expresados por el Ministerio Público, y los precedentes jurisprudenciales en la materia, la resolución que dispone la internación de los adolescentes debe ser revocada.

En efecto, leemos que el máximo tribunal del país ha dicho en autos " Maldonado" que en el tema menores, la justicia se ha manejado con eufemismos, y por ello se acude a términos como "disposición", " internación", etc. en vez de medida cautelar, como la prisión preventiva.

Esta confusión de términos se vuelve muy grave cuando lo que se trata es de limitar la libertad de las personas; y podemos colegir sin dudas que una medida de internación dispuesta en virtud de un hecho tiene los mismos efectos, alcances y consecuencias que una prisión preventiva.

De acuerdo a los principios fundamentales que informan la materia- la Convención de los Derechos del niño, y otros instrumentos de vigencia internacional, (como las Reglas de Beijing), los criterios jurisprudenciales ya consagrados, los paradigmas, tutelar y punitivo, deben ser diferenciados debidamente a efectos de respetar los derechos de todos- en especial de los niños y adolescentes- .

Se observa así, que en el fallo mencionado se distingue bien que los principios que estructuran un sistema penal juvenil deben ir de acuerdo a la misma línea garantista que el derecho de los mayores, sobre todo teniendo en cuenta los criterios de prevención general y especial de aplicación de la pena, y que en ese orden, se reafirman todos los principios de cuño liberal, como el derecho de defensa en juicio, la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y el derecho penal de acto, con la prohibición de establecer un derecho penal de autor.

En las presentes, se ha dispuesto, en la indagatoria, la internación de R. y A. en una institución que el Copnaf determine pertinente a " *efectos de adoptar la medida de protección adecuada al caso*"; y luego, se escucha al Representante promiscuo de ellos, el Ministerio Público, en una audiencia al efecto- fs. 22 del incidente- quien indica que debe hacerse lugar al planteo de la defensa técnica en virtud de lo establecido en la Convención de los derechos del Niño, que consagra la privación de libertad como último recurso. Pero luego, de modo contradictorio, el juez resuelve de modo denegatorio, ya que expresa que la medida se adopta por fines terapéuticos pero lo relaciona con el hecho en el que ambos están "sospechados"- aún no procesados.

Entonces, se confunden las razones y las conclusiones: si la medida se adopta a los fines terapéuticos, nada tendrá que ver con la sospecha del homicidio, porque ello aún es indicio; y si es a los fines de coerción preventiva, a modo de prisión preventiva, así debería decirse. La argumentación no lleva a la conclusión a la que arriba: de nada valdrá decir que no se desconoce que los niños tienen los mismos derechos que los adultos cuando las medidas cautelares que sobre ellos se dispongan lo sean enunciando que son tutelares. Coincidimos con el juez sobre la convivencia en una sociedad de ellos con el resto; pero no a costa de incongruencias en las fundamentaciones del cercenamiento de su libertad, y desoyendo al ministerio que los representa.

Por eso corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa, ordenando el cese de las medidas de internación sobre R. y A., y hacerse lugar a lo interesado por el Ministerio Público, respecto del exhorto al Copnaf solicitando se informe de manera urgente el estado de los menores y las medidas adoptadas y a adoptar respecto de su situación.

Por ello,

SE RESUELVE:

I.- HACER LUGAR al recurso de Apelación planteado por la defensa técnica, disponiéndose en consecuencia el cese de las medidas de internación dispuestas sobre V. H. E. A. y J. E. E. R.

II.- No regular honorarios de los Dres. Rubén Pagliotto y Humberto Franchi por no haberlo solicitado -art. 97 inc. 1º del Dec. Ley 7046-.

III.- PROTOCOLICесе, regístrese, notifíquese; devuélvase los autos principales con copia de la presente, en forma inmediata y con oficio de estilo, a sus efectos; oportunamente devuélvase este Incidente al Juzgado de origen, con atenta nota de estilo.-

Fdo.: Dres. BADANO - HERZOVICH - DAVITE de ACUÑA -Vocales-. Ante mí: Dra. Ma. Fernanda RUFFATTI -Secretaria- Es copia fiel. Doy fe".-
