

"MOREYRA, Fernando Daniel - O.C.D (menor no punible) s - Homicidio Agravado y Homicidio Agravado por el vínculo en grado de tentativa- S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5378.

///C U E R D O:

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la **Provincia de Entre Ríos**, a los dieciocho días del mes de junio del año dos mil veinticinco, reunidos los Miembros de la **Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia**, a saber: Presidente Dr. **DANIEL OMAR CARUBIA**, y Vocales, Dra. **CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK** y Dr. **MIGUEL ÁNGEL GIORGIO**, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **Melina L. Arduino**, fueron traídos a resolver los autos de referencia.-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: **GIORGIO-CARUBIA-MIZAWAK** .-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó la siguiente cuestión:

¿Qué corresponde resolver?

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR.

MIGUEL A. GIORGIO, DIJO:

I.- Fue elevada la presente causa ante este Tribunal de Alzada con motivo de la concesión por ante esta Sala N°1 en lo Penal del S.T.J.E.R. de la Impugnación Extraordinaria interpuesta en fecha 03/08/2023 por el Defensor Público de Coordinación, Dr. Gaspar I. Reca, contra la sentencia dictada por la Cámara de Casación Penal el 07/07/2023 que dispuso **RECHAZAR el Recurso de Casación** articulado por la Defensora y Ministerio Pupilar, Dra Susana Mabel Carnero y mejorado en esa instancia por el Dr. Gaspar Ignacio Reca, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Paraná, la que se **CONFIRMÓ**. Asimismo resolvió **NO HACER LUGAR** a la inconstitucionalidad de los artículos 77 y 109 de la Ley 10.450.-

II.- El Sr. Defensor, luego de enumerar los requisitos de admisibilidad, denunció la existencia de una **cuestión federal compleja directa e indirecta**, dado el planteo de inconstitucionalidad e

inconvencionalidad de una norma local -arts. 77 y 109 de la ley provincial 9.861, incorporados por ley 10.450- por resultar contraria, en primer lugar, a otras normas de rango legal pero de distinta jerarquía (leyes nacionales 22.278 y 26.061) -cuestión federal compleja indirecta- y, además, por resultar violatoria -también- de disposiciones contenidas en el derecho supranacional que reconoce jerarquía constitucional (arts. 31 y 75 inc. 22 CN, por vulneración de las normas contenidas en la Convención de los Derechos del Niño) -cuestión federal compleja directa-.

Expuso que la decisión jurisdiccional adoptada en sede provincial, en tanto habilita someter a juicio a una persona por un hecho presuntamente cometido cuando ésta tenía tan sólo 15 años de edad, violenta abiertamente las disposiciones contenidas en la Ley 22.278, norma ésta que consagra la edad mínima de responsabilidad penal en nuestro país (EMRP) y que prohíbe el sometimiento a juicio de las personas menores no punibles (arts. 1 y 2 Ley 22.278) y además, se contrapone con lo dispuesto en la ley 26.061, norma ésta que recogiendo los nuevos paradigmas de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), sustituyó el régimen inspirado en la doctrina de la "*situación irregular*" por uno mucho más humanizado, la doctrina de la "*protección integral*".

Agregó que tal decisión contraviene los estándares mínimos consagrados por los tratados internacionales de DDHH de raigambre constitucional, en particular, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y contraria a consolidados precedentes de nuestra CSJN, tales como los fallos "*Maldonado*" (Fallos 328:4343) y "*García Méndez*" (Fallos 331:2691), como al reciente fallo emitido por nuestro máximo tribunal en la causa "*H.,A.O.*" (Fallos 344:1509).

Detalló los antecedentes del caso y se explayó sobre los agravios que la sentencia casatoria le causa.

Contrariamente a lo sostenido por Casación, destacó que la totalidad de la doctrina especializada ha sostenido que los párrafos segundo (el citado por el sentenciante), tercero y cuarto del art. 1 de la ley 22.278 deben considerarse virtualmente derogados por la ley 26.061.

Estas disposiciones (que regulan las facultades de disposición del NNyA que tenía el Estado) encontraban su razón de ser en la anacrónica doctrina de la *situación irregular* que la CDN vino desplazar, despojando de esta atribución a la justicia de menores.

Citó el fallo de la CSJN "García Méndez" (Fallos 331:2691) donde la CSJN dejó al descubierto como el viejo sistema de la *situación irregular* -heredado de la famosa ley "Agote"- contraviene todos y cada uno de los estándares mínimos consagrados en la CDN, por lo que su incompatibilidad convencional resulta manifiesta y expresó que si bien la intolerable desidia de nuestro Congreso Nacional es la que ha impedido la reforma de la ley 22.278, los nuevos postulados consagrados en la Ley 26.061 han enervado la vigencia de los párrafos 2do, 3ro y 4to del art. 1 de la ley 22.278, dado que la *doctrina de la situación irregular* -que nutre ideológicamente a dichos párrafos- ha sido desplazada por completo por la nueva doctrina de la *protección de derechos*.

Indicó que el cambio de paradigma que trajo consigo la CDN fue, precisamente, el de no instrumentalizar a los NNyA no punibles en aras de otras finalidades -por más legítimas que fueran-. Es por eso que el abordaje de esos NNyA no punibles debe ser en el ámbito del sistema administrativo de protección de derechos, en el que se trata a esos NNyA como "sujetos de derechos" y cuyo enfoque de abordaje está orientado a la restauración de sus derechos vulnerados con vistas a su reintegración social.

Refiriendo al caso "García Méndez" de la CSJN, señaló que en dicha sentencia la CSJN efectuó una descarnada crítica constitucional y convencional a las disposiciones contenidas en los párrafos 2do, 3ro y 4to del art. 1 de la ley 22.278 que recogieron en nuestro país la doctrina de la "*situación irregular*". Toda la sentencia de la CSJN gira en cuestionar esta doctrina y en afirmar su manifiesta y patente incompatibilidad constitucional y convencional a partir de los nuevos estándares contenidos en la CDN y en el derecho internacional de los DDHH. Por tanto, sostener que los párrafos 2do, 3ro y 4to del art. 1 de la ley 22.278 continúan vigentes por la sóla

razón de que la CSJN en "García Méndez" no los declaró inconstitucionales, constituye un argumento muy débil, que ha pasado por alto el enorme contenido filosófico que nutre a esta sentencia de la CSJN. Tratándose de una acción colectiva, la CSJN entendió que no correspondía la declaración de inconstitucionalidad con alcance general ya que una decisión de ese tenor -contraria a nuestro sistema de control de constitucionalidad, que la habilita sólo para el caso concreto- importaría inmiscuirse en facultades constitucionales de otro poder del Estado. Postuló que ésto pone en evidencia y deja de manifiesto el análisis claramente sesgado de la cuestión por parte del tribunal casatorio.

Reiteró que la sola lectura de la sentencia "García Méndez" es harto demostrativa que la CSJN consideró inconvencionales las normas que recogen la doctrina de la *situación irregular* en nuestro país.

Señaló que en la presente causa, el MPF pretende llevar a juicio oral a una adolescente de 15 años de edad al momento del hecho. De aquí que el planteo de sobreseimiento e inconstitucionalidad efectuado por la Dra. Carnero fue realizado en la audiencia de remisión de la causa a juicio y no en los primeros actos de la investigación penal preparatoria. De este modo, queda claro que el MPF tuvo la oportunidad de investigar el hecho y determinar su existencia, su adecuación a un tipo penal y la intervención que les cupo a sus autores y cómplices. Todo ello ya fue investigado y determinado por el MPF y producto de esa investigación es que solicitó la clausura de la IPP y la remisión del legajo a juicio. Por tanto, la *comprobación del hecho*, su adecuación normativa a un tipo penal y la determinación de quienes fueron los presuntos autores ya fue realizada, por lo que correspondía sin más proceder al sobreseimiento de la joven dada su manifiesta inimputabilidad (art. 397 inc. 4º CPP).

Expuso que la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la *procesabilidad* de los NNyA no punibles que vienen denunciando no impide la apertura de causa para la investigación del hecho, a fin de que el Fiscal interviniente pueda comprobar la existencia del delito y quienes fueron sus posibles autores. Y si en esa investigación detecta que uno de los

partícipes del hecho es un NNyA no punible -es decir, menor de 16 años- el MPF debe dar intervención al órgano técnico administrativo (COPNAF) y al Ministerio Pupilar para el abordaje de la situación del NNyA no punible, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 108 de la ley 9.861. Pero lo que no puede aceptar es que esa investigación sumaria tenga los alcances de un sometimiento a proceso penal del NNyA no punible, ni mucho menos que se lo pretenda llevar a juicio oral como acontece en este caso para ser acusado formalmente y declarada eventualmente su responsabilidad penal.

Al analizar la Ley 22.278, observó que respecto de los NNyA no punibles (cuya situación regula el art. 1) la ley no habla de sometimiento a proceso sino únicamente de la facultad del juez de "comprobar el delito" y disponer de ellos. En cambio, respecto de los jóvenes punibles (contemplados en el art. 2) la ley refiere expresamente que, además de la facultad de disponer de ellos, el juez lo someterá a proceso, lo que pone en evidencia que la ley 22.278 lejos de apoyar el instituto de la *procesabilidad* de NNyA no punibles termina por contradecirlo abiertamente.

Refirió que la Cámara de Casación entiende que la procesabilidad es la única herramienta que posibilitará al menor internalizar pautas positivas de conducta y asumir la responsabilidad por el acto cometido y se preguntó ¿cómo puede responsabilizarse penalmente a una persona a la que la propia ley la considera no responsable?

Transcribió el párrafo 31 de la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño y señaló que el 20 de la reciente Observación General N° 24 reproduce (más de 10 años después) la misma regla.

Refirió al principio o mandato de no judicialización y es por ello que sostiene que el instituto de la procesabilidad o del sometimiento a proceso penal de personas menores de edad no punibles (esto es, de niños, niñas y adolescentes de hasta 15 años inclusive) resulta manifiestamente contrario y lesivo del primer principio o estándar que gobierna la materia penal juvenil: el principio de no judicialización de las personas menores de edad no punibles. Este principio ha sido expresamente regulado en la CDN

en el art. 40.3

Recordó el famoso precedente "*Maldonado*" (Fallos 328:4343) de la CSJN había dicho sobre el régimen penal juvenil que los principios básicos y fundamentales que nutren y perfilan el régimen penal juvenil en nuestro país vienen dados por los principios consagrados en la CDN.

Cuestionó que la vigencia del principio de la responsabilidad por el hecho opaque y relegue la fuerza de otro principio fundamental como es el de no judicialización. Destacó que los NNyA no punibles deben ser tratados y abordados sin recurrir a procedimientos judiciales. Excepcionalmente, de resultar necesario su abordaje por algún procedimiento judicial, este debe serlo el del fuero de familia y menores, pero nunca el de la justicia penal.

Expuso que la decisión de procesabilidad desatiende por completo las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y la propia Ley 22.278 que sólo habilita el sometimiento a proceso penal (para ser acusados formalmente y eventualmente declarados responsables) de los jóvenes que estén por encima de la EMRP (art. 2).

Recordó que el nuevo paradigma que trajo consigo la CDN es el trato de los NNyA como sujetos de derechos, superando así el sistema anterior de la *situación irregular*, en la que el NNyA era tratado no como un sujeto de derechos sino como un objeto de tutela por parte del Estado. En este sistema anterior de la *situación irregular* la institucionalización y la judicialización del niño era la solución. Hoy, esto ya no es admisible.

Aludió al marco analítico que la solución del caso reclamaba. El mandato de no judicialización constituye un principio basilar, una norma fundamental dentro del régimen penal juvenil. Y es por ello que se encuentra consagrado dentro del art. 40 de la CDN que contiene la norma madre del sistema penal juvenil. Pero, además, dicho marco analítico reclamaba también la consideración de la ley 26.061 que vino a derogar implícitamente la posibilidad de disponer provisional o definitivamente de los menores no punibles prevista en el art. 1 de la ley 22.278 –párrafos

segundo, tercero y cuarto-, dejando materialmente vigente sólo el primer párrafo del artículo referido a los límites (mínimos y máximos) de punibilidad. En efecto, con la sanción de la ley 26.061, la imposición y seguimiento de las medidas de protección de derechos aplicables a la franja de NNyA no punibles ha sido delegada al órgano administrativo -Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes-, quitándole esta atribución a los magistrados del fuero penal de menores.

Aseveró que el ámbito institucional que debe abrazar a esos NNyA no punibles es el administrativo, el proteccional. No el de la judicialización y mucho menos, el de la judicialización más selectiva, estigmatizante y victimizante que existe, como es la justicia penal.

Consideró que el Estado tiene la obligación internacional de fijar una edad mínima límite (EMRP) –lo que fue efectuado a través del art. 1 de la ley 22.278- y, partir de allí, a tenor del principio de no regresividad en materia de DDHH, tiene el compromiso y la obligación de no disminuirla. A la luz de ello, sólo los NNyA que estén por encima de la EMRP podrán ser sometidos a proceso penal –pueden ser acusados penalmente, es decir, citados a declaración de imputado y luego ser llevados a juicio- y ser declarados responsables. Los que estén por debajo de la EMRP no son punibles y no pueden ser sometidos a proceso penal ni declarados responsables criminalmente.

Señaló que la Cámara de Casación afirmó que el instituto de la *procesabilidad* resulta más beneficioso para el NNyA no punible que el cierre automático de la causa, pero explicó que el cierre automático de la causa no existe como tal, dado que es obligación del MPF investigar el presunto hecho delictivo cometido. Y precisamente ello es lo que ha acontecido en esta causa, en la que el MPF investigó el caso y, al solicitar la remisión de la causa a juicio, fue que se instó el sobreseimiento por inimputabilidad e indicó que el tránsito por la justicia penal de una persona –y con más razón de un NNyA no punible, es decir, de una persona en plena formación y desarrollo- no es gratuito ni inofensivo sino que acarrea severos efectos perniciosos y criminógenos que tiene todo proceso penal,

incluido el juvenil o de menores.

Valoró que uno de los mayores méritos de la CDN es el diferenciar claramente la intervención proteccional de la penal, instalando dos conceptos claramente diferenciados: niños con derechos vulnerados y jóvenes en conflicto con la ley penal según estén por debajo o por encima de la EMRP. Esos NNyA con derechos vulnerados que se encuentran por debajo de la EMRP no pueden ni deben ser instrumentalizados en aras de otros fines, por más legítimos que fueran (llámese averiguación de la verdad, seguridad pública, prevención del delito, etc). Y esto no supone, como parece insinuarlo prejuiciosamente el tribunal casatorio, que respecto de esos NNyA no se haga nada. Esos NNyA no punibles acusados de haber infringido normas penales deben ser abordados por el sistema administrativo de protección de derechos, el que cuenta con muchísimos mayores recursos y herramientas para lograr la reinserción social de esa persona que la Justicia Penal.

Reseñó la Observación General Nº 24 del Comité de los Derechos del Niño establece, en los párrafos 9 a 12, las directrices que deben guiar el abordaje de NNyA no punibles, señalando que las opciones a tomar con esos NNyA han de buscarse en programas intensivos de tratamiento basados en la familia y la comunidad, diseñados para introducir cambios positivos en el marco de los diversos sistemas sociales (hogar, escuela, comunidad, relaciones entre iguales) y no en procedimientos judiciales. Los programas de prevención y de intervención temprana deben centrarse en el apoyo a las familias, la inclusión social, la escolaridad, la integración comunitaria, la asistencia contra las adicciones, todas políticas públicas que deben ser diseñadas y ejecutadas por el órgano administrativo de protección de derechos (el COPNAF en nuestra provincia). Como se desprende claramente de la Observación General Nº 24, el Comité de los Derechos del Niño excluye la posibilidad de tránsito por un procedimiento judicial para los NNyA no punibles y en última instancia, sugirió que lo lógico sería que el sometimiento a proceso penal (procesabilidad) sea una decisión libre del NNyA –acompañado claro está por sus representantes

legales y por el Ministerio Público de la Niñez- pero nunca podría ser una decisión impuesta por el Estado. Esto, ni más ni menos, es lo que prevé el art. 110 de la ley 9.861 al regular la procesabilidad con carácter optativo para determinados delitos regulación que, en el peor de los casos, debería generalizarse para todos los supuestos.

Se agravó respecto a la conclusión sostenida en la sentencia casatoria en cuanto a que el presente caso no reviste *analogía sustancial* con el caso fallado por la CSJN "H.,A.O." (Fallos 344:1509) y resaltó que resulta clara la fina sintonía entre lo allí dicho respecto al mandato de no judicialización, a las directrices emanadas de las Observaciones Generales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, a la imposibilidad de someter a proceso penal a los NNyA no punibles.

Mantuvo la Reserva del caso Federal, y peticionó finalmente se haga lugar al recurso interpuesto.

III.- Recepcionados los autos en este sede, excepcionalmente, se dispuso sustanciar [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

IV.- Así, el Dr. Gaspar Ignacio Reca, Defensor de Coordinación -interino- mantuvo en todos sus términos la impugnación extraordinaria que oportunamente articuló y adelantó que la cuestión no ha devenido abstracta dado que sigue latente la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal decida llevar a juicio a C. O. quien era menor no punible a la época de cometido el hecho (tenía 15 años). En efecto, y si bien el MPF decidió continuar adelante con el juicio únicamente respecto del coimputado Moreyra, ello no quita que pueda insistir con la remisión de causa a juicio contra C. O. quien a la fecha no ha sido sobreseída respecto del hecho que le fuera imputado.

Aludió a la **doctrina de la situación irregular, a la facultad de** los jueces de menores, a la concepción sobre ellos. indicó que la CDN trajo aparejado un cambio notable de paradigmas, y así pasamos al

reconocimiento del NNyA como un sujeto de derechos, cuyos derechos vulnerados debe ser el norte de abordaje por el sistema, optándose para que ese abordaje se realice a través del órgano administrativo de protección de derechos -con equipos interdisciplinarios trabajando en terreno, con la familia y la comunidad- y no a través de procedimientos formales y mucho menos judiciales.

Transcribió la Observación General Nº 24 del Comité de los Derechos del Niño y destacó que la CDN y el Comité distingue entre aquellas personas menores de edad acusadas de haber infringido leyes penales que se encuentren **por debajo o por encima** de la EMRP, Y respecto de los NNyA que estén por debajo de la EMRP, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho siempre -tanto en la Observación General Nº 10 como en la actual Nº 24- que esos NNyA no punible no pueden ser declarados responsables por hechos cometidos antes de cumplir la EMRP. Y si no pueden ser declarados responsables de sus actos, tampoco pueden ser sometidos a proceso penal como aquí lo pretende el MPF bajo el amparo de los arts. 77 y 109 de la Ley 10.450.

Refirió que el MPF puso el acento en la necesidad de responsabilizar a los NNyA menores de 16 años que hubieren cometidos hechos graves, apoyando tal infundada conclusión con una cita doctrinaria y con el mensaje del legislador entrerriano brindado en oportunidad del tratamiento y sanción de la ley 10.450 *que prevé que entre los 14 y los 16 años, aunque el niño o joven sea inimputable, los tribunales hagan un juicio de responsabilidad, es decir que exista un pronunciamiento sobre su responsabilidad penal, para ayudar a esa persona, que es una persona en formación o en crecimiento, que asuma la responsabilidad.*

Se preguntó si pueden ser declarados responsables en un proceso penal los NNyA que están por debajo de la EMRP y respondió que de ninguna manera. Si la persona inimputable no puede ser responsabilizada penalmente de sus actos, ¿con qué sentido lo vamos a someter a proceso penal?, ¿Cuál es la finalidad?, ¿Es posible declarar penalmente responsable a una persona a la que el propio Estado considera

-de antemano- que no puede ser responsabilizada de sus actos?

Expresó que su no punibilidad se trata de una decisión estatal de política criminal. Pero esa decisión no es caprichosa ni antojadiza sino que se basa en el conocimiento y la experiencia de que un NNyA menor de 16 años es una persona en formación y crecimiento que no ha alcanzado todavía su desarrollo psíquico óptimo para ser responsabilizado de infringir leyes penales.

Reseñó *las observaciones del Comité de los Derechos del Niño*, Nº 10 y Nº 24, que no deja margen de duda posible y pone en cruda evidencia (salvo un negacionismo absurdo) que los NNyA que estén por debajo de la EMRP no pueden ser declarados responsables de haber cometido un delito y, por tanto, no pueden ser sometidos a un proceso penal.

Expresó que el gran paso que se abrió con la CDN fue que el abordaje de la situación de esos NNyA lo sea a través del órgano administrativo de protección de derechos. Así se instrumentó a nivel nacional con la ley 26.061 y a nivel local también (ley 9601) y así fue expresamente reconocido por la CSJN en "*García Méndez*". Y dicho órgano administrativo es quien, sin dudas, cuenta con mucho mayores recursos humanos y materiales que el Juzgado Penal de menores para abordar en terreno la situación de esos NNyA.

Reiteró que el foco de toda intervención por parte de la autoridad administrativa debe estar dirigido a lograr la restauración de los derechos vulnerados y la construcción del sentido de la responsabilidad del NNyA, persiguiendo su reintegración a la sociedad y teniendo siempre en cuenta –en todo abordaje- el respeto por su dignidad y su superior interés (arts. 37/40 CDN) y que tampoco puede tener asidero aquel argumento de que el régimen de procesabilidad permitiría alcanzar la verdad forense de lo acaecido, garantizando con el ello el derecho a la verdad de las víctimas. Ello no puede ser alcanzado a cualquier costo. No se puede instrumentalizar a una persona en pos de ese objetivo.

Agregó que la inconstitucionalidad e inconvenencialidad de la

procesabilidad de los NNyA no punibles no restringe el derecho a la verdad de las víctimas dado que no impide la apertura de causa para la investigación sumaria del hecho, a fin de que el Fiscal interviniente pueda comprobar la existencia del delito y quienes fueron sus autores, dando intervención al órgano técnico administrativo (COPNAF y al Ministerio Pupilar) para el abordaje de la situación del NNyA no punible, en un todo de acuerdo con lo que dispone el art. 108 de la ley 9861.

Entendió que tampoco parece razonable apelar al argumento de que el sometimiento a proceso de un NNyA no punible sería beneficioso para éste dado que le permitiría ejercer sus derechos constitucionales.

Si lo que está en juego aquí es el ejercicio de garantías constitucionales básicas de los NNyA no punibles (derecho de defensa, estado jurídico de inocencia, debido proceso), **lo lógico sería que el sometimiento a proceso penal (procesabilidad) sea una decisión libre del NNyA** -acompañado claro está por sus representantes legales y por el Ministerio Público de la Niñez- pero nunca podría ser una decisión impuesta por el Estado. Esto, ni más ni menos, es lo que prevé el art. 110 de la ley 9861 al regular la procesabilidad con carácter optativo para determinados delitos regulación que, en el peor de los casos, debería generalizarse para todos los supuestos.

Destacó como novedades acontecidas durante la alongada sustanciación de este proceso. La primer novedad fue el dictado de la Observación General N° 24 (del año 2019) la que, luego de recoger la experiencia acontecida durante los años de vigencia de la Observación General N° 10, vino a reiterar los mismos conceptos y conclusiones. Y la otra novedad acaecida recientemente fue la sentencia dictada por la CSJN en el año 2021 en la causa "H.,A.O." (Fallos 344:1509), y mencionó que la supuesta ausencia de analogía sustancial que invocó la Casación para no aplicar las directrices de este fallo al presente caso, carece de todo sustento y, por tanto, no constituye un argumento racional que permita apartarnos de la doctrina sentada por nuestro máximo tribunal constitucional en esta materia.

Finalmente mantuvo la reserva del Caso Federal y consideró que corresponde hacer lugar a la impugnación extraordinaria.

V.- A su turno, la Procuradora Adjunta -interina - Dra. **Mónica Elizabeth Carmona**, entendió inadmisible el recurso impetrado por la Defensa y mantuvo la postura ya referida en las instancias precedentes.

Sostuvo que las normas atacadas respetan los estándares de la Convención de los Derechos del Niño, como así también todas las demás garantías constitucionales y convencionales en cabeza de los menores de edad, esto es, respeto por su dignidad, libertad, debido proceso, igualdad ante la ley, entre otras.

Expresó que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y deber considerada como la "última ratio" del orden jurídico (Fallos 249:51, 264:364; 330:2981, entre muchos otros).

Destacó que el Procedimiento previsto por el legislador de Entre Ríos, *"a) ...no disminuye la edad de imputabilidad ni tiene por objeto sancionar con pena al menor no punible - se prohíben expresamente las medidas de coerción - y b) se instaura la denominada procesabilidad en tanto método de averiguación de la verdad para la posterior derivación a los órganos administrativos de protección, limitada a jóvenes entre catorce y dieciseis años de edad imputados de los más graves atentados al orden social."*

Señaló el carácter excepcional de la procesabilidad de los menores de edad, siempre atendiendo a los delitos más graves para la sociedad en la cual este menor se desarrolla, y también contando siempre, con la intervención de equipos interdisciplinarios en la materia, que velan por su salud psicofísica dictaminando en relación a abordajes aconsejables para la situación en particular del menor sometido a proceso.

Resaltó que en ninguna norma de las atacadas y cuestionadas por inconstitucionales, establece que se declarará la responsabilidad - en términos penales-criminales - del menor. Sólo se

resolverá la autoría y enviará al órgano administrativo de protección a los fines que continúen el abordaje con el adolescente.

Distinguió la noción de procesabilidad del menor, de la noción de sanción o punibilidad: realizar un proceso judicial especializado en minoridad, en el cual, a un menor no punible, se le respeten todas sus garantías procesales, se lo escuche con equipos interdisciplinarios formados y especializados en esta problemática, pueda declarar si así lo desea, ofrecer prueba, defenderse, etc., cuando se lo acuse de un delito grave dentro del catálogo del Código Penal, no resulta contrario a ninguna garantía del menor; lo que se distingue notoriamente del anterior sistema "tutelar" penal que trataba al menor como un incapaz, disponiendo de él sin respetar sus derechos, lo que resultaba violatorio de sus derechos y garantías más esenciales.

Refirió que se ha declarado el carácter estrictamente restrictivo de esta situación procesal, conforme se establecen en los artículos 77 y 109 de la Ley N° 9861, cuando omitir el juzgamiento, - en términos de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) -no aparezca como una alternativa más deseable.

Afirmó que la realización de un proceso, se encuentra contemplado en el art. 1 de la Ley 22.278, que expresa: "...*Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento director del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales que se encuentre*"

Descartó la existencia de contradicción alguna entre lo reglado por ley 10.450 (modificatoria de la 9.861) y lo estipulado por la ley nacional 22.278. Esto, primeramente, porque de una simple lectura del primer artículo de la norma nacional surge que la limitación etaria que establece refiere concreta y exclusivamente a la determinación normativa de la imputabilidad, vale decir, el reconocimiento de responsabilidad en

términos jurídico penales, y con ello, la posibilidad de ser objeto de sanción como consecuencia de un comportamiento gravemente perturbador del orden social. ...Y es que incluso la literalidad de aquel primer enunciado pone de relieve la distinción entre la consideración de un sujeto como incapaz de culpabilidad, y la necesidad - o posibilidad - de incluir a ese mismo sujeto en un proceso de conocimiento judicial en el que persiga nada menos que el establecimiento de una verdad forense...."

Transcribió segmentos de la sentencia casatoria cuyas conclusiones comparte, refirió a la esencial intervención de equipos técnicos interdisciplinarios y reprodujo una publicación especializada en www.pensamientopenal.com.ar, "El Proceso penal para adolescentes no punibles en la Provincia de Entre Ríos: un análisis desde la interdisciplina", donde la Lic. en Psicología, Luciana Sarmiento, desarrolla conceptos esenciales propios de la psicología del menor.

Expresó que resulta prístina, la diferencia entre el régimen tutelar que rigió mucho tiempo en nuestro país, donde se instrumentalizaba al menor y se lo sometía a un régimen con órdenes de reclusión en lugar que supuestamente los debían contener, sin respetar ninguno de sus derechos y garantías como ciudadanos, privándolo de sus derechos esenciales; al proceso con todas las garantías y respeto del debido proceso y defensa en juicio, que tiene como fin averiguar la verdad, (no responsabilizarlo sin investigación de ilícitos graves) y dar también una respuesta a la sociedad y a las víctimas de los delitos graves.

Destacó que, derivar casos de grave afectación del orden social, a una instancia administrativa, siendo adolescentes de entre 14 y 16 años, resulta contrario al actual paradigma de reconocimiento de sujetos con discernimiento y respeto por su voluntad, actualmente plasmados en forma expresa, en el Código Civil y Comercial de la Nación, al plasmar la autonomía progresiva. En efecto, con la reforma del año 2015, también se reconocieron estos nuevos paradigmas de entender a la persona menor de edad, su entorno y sus mayores derechos, acordes con su evolución madurativa, en cada caso. Así el art. 25 del Código Civil y Comercial de la

Nación expresa que ya es adolescente, cuando haya cumplido los 13 años de edad; "Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años". Y el artículo 26, expresamente le reconoce una autonomía progresiva relevante: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

Agregó que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y diecisésis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Añadió que el Código Civil y Comercial de la República Argentina, vigente desde agosto de 2015, adoptó un sistema gradual de capacidad para el menor de edad con relación a determinados actos. El fundamento de ello es el principio de autonomía progresiva.

Sostuvo que entre los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, el art. 26, en sus párrs. 4to y 5to, contempla lo relativo a los tratamientos médicos a través de un régimen jurídico especial a partir de los 13 años, en consonancia con la postura adoptada por el Código Civil y Comercial que distingue la noción de niño (persona hasta los 13 años), del adolescente (de 13 a 18 años) diferenciando dos rangos etarios, 13 a 16 y 16 a 18.

Compartió con el sentenciante lo expresado en relación a los agravios vertidos sobre la violación al art. 40.3 a) y b) y Observaciones General Nº 10, -y 24 del Comité de Derechos del Niño, en cuanto imponen el principio de no judicialización, cuando expresa que tales instrumentos no prohíben la judicialización, sino que expresamente lo subordinan que tal instrumento (procedimiento judicial) sea apropiado y deseable (art. 40:3 b) de la Convención de los Derechos del Niño.

Lo mismo hizo con los fundamentos de derecho brindados por el sentenciante, para diferenciar el caso sometido a la CS en "HAO s/

infracción ley 23.737 (Fallos 344:1509), que trató un caso de estupefacientes, con relación al que nos ocupa, donde la menor se hace responsable de un hecho gravísimo del catálogo penal, tentativa de homicidio calificado, para proteger a su hermano.

Cuestionó cómo sería posible que el Estado aborde los objetivos sin antes determinar, con suficiente grado de conocimiento, que el niño en cuestión ha, de algún modo, contrariado aquellas variables de semejante trascendencia axiológica.

Expresó que remitir al COPNAF el agotamiento y tratamiento del caso, aún cuando no se encuentra finalizada la IPP, "no lograría garantizar el pleno respeto a los derechos humanos del adolescente no punible que aparece como infractor, al quitársele el usufructo de los derechos que le competen como ciudadano, amén de ser considerado penalmente no responsable" Por ello, reiteró que sólo se someterá a proceso el menor, conforme el texto de la CDN, cuando esta sea la alternativa apropiada y deseable, y en los términos de la psiquis del menor, - por la gravedad de lo sucedido - apropiarse del conflicto y tomar conciencia de la consecuencia para sí y para terceros, o deslindar totalmente su responsabilidad en el hecho, lo que es esencial al respeto de sus derechos y garantías.

Rechazó lo expresado por el Ministerio Público de la Defensa, en que esto mismo se lograría con la sola remisión a juicio y la suspensión del debate, dictando a su respecto el sobreseimiento del menor, ni mucho menos que se estén violentando garantías constitucionales en cabeza del menor, al pretender declararse su responsabilidad en juicio cuando el mismo es inimputable, ya que dicha declaración de responsabilidad, como dijo supra, no existe. Es un procedimiento especializado, con intervención de equipos técnicos, del organismo de control, para determinar autoría del menor y proponer medidas de protección que se estimen necesarias. No coincidió en que ello conlleve a la estigmatización del menor.

Aludió a la Ley N° 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, por la cual, se les reconoce su derecho a la

verdad, acceso a la justicia, reparación y celeridad y demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, lo que conlleva al esclarecimiento del grave hecho denunciado, el cual debe llevarse a cabo con la garantía de la defensa en juicio del supuesto autor.

Analizó los antecedentes parlamentarios de la ley cuestionada, citados por la Sentencia en el punto V.-). y citó párrafos de "EL PROCESO PENAL PARA ADOLESCENTE NO PUNIBLES EN LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS: UN ANÁLISIS DESDE LA INTERDISCIPLINA.- ADOLESCENTES NO PUNIBLES. INTERPRETACIÓN DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY Nº 10.450. -Pablo A. Barbirotto. Diferenciación entre los conceptos de Punibilidad, Inimputabilidad y Procesabilidad).

Sostuvo que el sistema de procesabilidad de menores no punibles del sistema entrerriano, es una propuesta acorde a las garantías constitucionales y convencionales del sistema de derechos de la sociedad actual, a la luz de los paradigmas vigentes, tal como lo ha declamado siempre la doctrina especializada en menores.

Fustigó la ausencia de fundamentación del pedido deslizado en el último párrafo de la Defensa, al expresar - en la complejidad y trascendencia del tema que nos ocupa que "dado el enorme tiempo que ha insumido este proceso y atendiendo a los principios de celeridad y economía y, por sobre todo, a la garantía de plazo razonable, es que solicito se proceda al dictado del sobreseimiento de la joven C. D. O. de conformidad a lo dispuesto en el art. 397 inciso 4 del CPP" (sic) y manifestó que no se advierte la violación a los parámetros brindados por la CS respecto a lo que se entiende por violación de plazo razonable.

Desarrolló su postura al respecto, tratando también la causal de prescripción y la complejidad y trascendencia del tema tratado.

Tildó de contradictoria la invocación del plazo razonable, y sin embargo, pedir el sobreseimiento por inimputabilidad de la joven O., Entendió relevante - para analizar este extemporáneo pedido - los lineamientos del fallo "Suárez Rosero vs. Ecuador" , por el cual, en relación

a la garantía de plazo razonable, se fijan estándares de aplicación a tener en cuenta vinculados a la complejidad del asunto, actividad procesal del acusado y retardo de los órganos judiciales entre otros.

Hizo reserva de la cuestión federal, consideró que la Sentencia impugnada resulta conforme a derecho, respeta las garantías Convencionales y Constitucionales en cabeza del menor no punible.

Reiteró que tal como lo ha establecido la CS y la doctrina más autorizada en la materia, a fin de respetar las normas convencionales de tutela al menor no punible, resulta imprescindible que sea tratado por un tribunal especializado, con intervención de equipos interdisciplinarios, con seguimiento del organismo administrativo tutelar, con pleno respeto a sus derechos y garantías, sólo y excepcionalmente, en los casos más graves del catálogo penal y siempre que esta sea lo más adecuado al caso, garantizándose todos sus derechos, y al decir de Mary Bellof: "*convertirse en una paradójica oportunidad: lograr que los adolescentes comprendan lo dañino de sus conductas, adviertan que forman parte de una comunidad y de sus valores, desarrollos el sentido de la responsabilidad y se relacionen de forma no conflictiva con su medio en el futuro*"

En definitiva, concluyó solicitando se rechace el recurso extraordinario deducido, confirmando la Sentencia impugnada.

VI.- Establecidas de este modo las posturas partivas e i [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Según lo precisado en el escrito recursivo, se encuentra controvertida la validez de los arts. 77 y 109 de la ley provincial 9.861, incorporados por ley 10.450 por resultar contraria a otras normas de rango legal (leyes nacionales 22.278 y 26.061) y, además, por resultar violatoria de disposiciones contenidas en el derecho supranacional, especialmente en la Convención de los Derechos del Niño.

La Cámara de Casación, luego de plasmar el contenido de las normas cuestionadas, refirió que el procedimiento no disminuye la edad

de imputabilidad ni tiene por objeto sancionar con pena al menor no punible y que se instaura la denominada procesabilidad en tanto método de averiguación de la verdad. Aludió a los derechos y garantías reconocidos a los adolescentes imputados y transcribió los antecedentes parlamentarios de la norma censurada.

Contrastó la legislación interna -que contempla garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos- con los principios emanados de la Convención sobre los derechos del Niño entendiendo que *"el tránsito de adolescentes entre catorce y dieciséis años de edad a un proceso penal acusatorio no violenta dicho articulado ya que, como acertadamente lo indica la Vocal de Apelación, la norma procesal no persigue la sanción punitiva, sino la tramitación de un procedimiento destinado a determinar la existencia del hecho y la autoría o participación del adolescente. Por ende, la normativa es clara en cuanto no disminuye la edad mínima a los efectos de la declaración de culpabilidad -no tiene por objeto la imposición de una pena- sino la comprobación de que ciertamente ocurrió a efectos de la internalización en el joven de las consecuencias de su accionar y asunción de responsabilidad por el acto cometido..."*

Asumiendo así que la procesabilidad es la alternativa de un proceso especialmente diseñado para los jóvenes en conflicto con la ley penal, especificó las particularidades del presente caso en que la menor se adjudicó el homicidio de su abuelo en los dos debates desarrollados en autos, el órgano revisor concluyó que no podía objetarse un procedimiento especializado, dotado de garantías penales y procesales y con plena participación de equipos interdisciplinarios durante la audiencia de imputación, remisión de causa a juicio y plenario, en el que se posibilita a una adolescente de quince años participar y ejercitar su derecho de defensa en la dilucidación de un hecho tipificado como delito, defenderse de la imputación delictiva y hacer libremente uso de su derecho a ser oída.

Expuesta así la estructura argumental casatoria y con el fin de determinar la configuración o no de un supuesto de inconstitucionalidad e inconvencionalidad es que corresponde adentrarse en un minucioso

control de coherencia jurídica para lograr una armonía legislativa.

En cumplimiento de ese cometido, denominamos "**control de convencionalidad**" a la herramienta hermenéutica que permite a los Estados cumplir con las obligaciones asumidas, verificando la conformidad de las normas y prácticas internas con los derechos humanos consagrados internacionalmente. Este método cobra mayor relevancia a partir de la reforma del año 1994, momento en el cual se le otorgó jerarquía constitucional a diferentes tratados sobre Derechos Humanos.

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y, principalmente, los operadores de justicia para analizar la compatibilidad de las normas internas con las internacionales que vinculen a nuestro país con el objetivo de corroborar que exista una correcta aplicación en el ámbito interno de los estándares supranacionales a que cada Estado soberano se sometió en forma voluntaria, a fin de dar efectividad a los derechos y garantías consolidados internacionalmente.

Por su parte, la Corte Suprema ha expuesto la atribución que tiene y el deber en que se encuentran 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 conformidad con ella y absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición a la Ley Suprema.

Evidentemente, el fin perseguido es el de la conciliación interna con las mandas convencionales. De lo contrario, corresponderá la expulsión del sistema interno de normas contrarias a los patrones internacionales a los que se ha comprometido nuestro Estado.

En el caso que nos ocupa, debe analizarse el contenido de la **ley provincial N° 10450 modificatoria de la Ley N° 9861** que al circunscribir el ámbito de aplicación, prescribe: "...El presente régimen procesal penal es aplicable a todo adolescente mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal de la Nación, en la jurisdicción territorial de

la provincia de Entre Ríos.

Los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad únicamente podrán ser sujetos a proceso penal por delitos dolosos que se perpetraren contra la vida, contra la integridad sexual, lesiones graves y gravísimas, y/o cometidos con armas y demás supuestos previstos en el capítulo IX de la presente ley..." (Conf. art. 77 Ley 10450).

Por su parte, la **ley nacional Nº 22278 en su art. 1:** reza: "... No es punible el menor que no haya cumplido diecisésis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador...".

Y su **Art. 2. dispone que** "Es punible el menor de diecisésis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1.

En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá

definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador... ".

De acuerdo a los argumentos esbozados en sede Casatoria de trascendental distinción entre punibilidad y procesabilidad, no existiría aquí colisión alguna, y es ésta la conclusión que ha permitido sostener la posibilidad de llevar a proceso penal a una menor de 15 años al momento de acaecimiento del hecho que se imputa, con el solo fin de averiguación de la verdad y sin expectativa de aplicar sanción penal.

No obstante, debe considerarse en primer lugar, que a la normativa interna aplicable, cabe adicionar el articulado de la **Ley Nº 26061** de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada en el año 2005, por el cual se **reemplazó** la doctrina de la situación irregular del menor que fue la inspiradora de la legislación que estamos analizando.

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

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces..."

Asimismo, su art. 2 dispone: "APLICACIÓN OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas

hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles..."

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño menciona en su preámbulo la necesidad de proporcionar una protección especial, lo que ya había sido enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Además, reconoce esa necesidad de cuidados especiales en su falta de madurez física y mental advirtiendo que el niño y adolescente transita un proceso natural evolutivo de madurez intelectual e incorporación de principios y valores.

Específicamente, el art. 40 de la Convención establece en su apartado 3 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 declare culpables de haber infringido esas leyes, 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.

Ya desde 1985 cuando se adoptaron las Reglas Mínimas de

las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, llamadas "Reglas de Beijing", se dispuso en el punto 11.1 examinar la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a procedimientos judiciales, lo que fue reafirmado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el caso INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR VS PARAGUAY" 2/9/2004.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ Causa Nº 7537", de fecha 2 de diciembre de 2008 expuso que "...El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la "situación irregular", abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10.903 (párrafo 15), sino también a la **ley 22.278** (párrafos 40 y 62). Si bien refiriéndose en conjunto a ambas leyes, el Comité puntualizó que el régimen legal vigente, inspirado en la mencionada doctrina, no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. Aunque con la sanción de la ley 26.061 y derogación de la ley 10.903, han perdido actualidad algunas críticas del Comité (como la incluida en el párrafo 15 de que no hay norma alguna que considera al menor sujeto de derechos), hay otras que sí mantienen vigencia. En efecto el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la "situación irregular" y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a). Por otro lado, cabe recordar que el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la "eliminación del concepto tradicional de 'situación irregular'" también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001,

CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6- -10- 2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6- 2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56).

Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, inter alia, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

En aquella oportunidad, nuestro Máximo Tribunal indicó que la mencionada ley debe ser interpretada en conjunto con el resto del plexo normativo referido a los NNA, teniendo como principio rector el interés superior del niño.

La ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes – Ley 26.061 en su Artículo 3º refiere al Interés superior: "...A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de

patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros...".

La observación Nº 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño advirtió que "...el sistema de dos edades mínimas a menudo no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discretionales 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. 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..."

En esa misma senda, la **Observación General Nº 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es esclarecedora en el aspecto bajo tratamiento.**

Ya en su introducción advierte que se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños; en los objetivos y alcance de la Observación propicia "promover estrategias clave para reducir los efectos especialmente perniciosos del contacto con el sistema de justicia penal, con arreglo al mayor conocimiento que se tiene acerca del desarrollo del niño, en particular: fijando una edad mínima de responsabilidad apropiada y garantizando el tratamiento adecuado de los niños tanto antes como después de esa edad; aumentando la aplicación, en el caso de los niños, de medidas alternativas a los procesos de justicia formal y su orientación hacia programas eficaces..."

Más adelante, en el apartado IV B) trata las *Intervenciones con niños que han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal* y establece: "...Con arreglo al artículo 40, párrafo 3 b), de la Convención, los Estados partes deben promover la adopción de medidas para tratar con los niños sin recurrir a procedimientos judiciales, cuando proceda. En la práctica, las medidas se dividen generalmente en dos categorías: a)Medidas para mantener a los niños al margen del sistema judicial, en cualquier momento antes o a lo largo de los procedimientos pertinentes (medidas extrajudiciales); b)Medidas en el contexto de procedimientos judiciales. 14. El Comité recuerda a los Estados partes que,

al aplicar medidas pertenecientes a cualquiera de las categorías de intervención, deben tener sumo cuidado en asegurar que se respeten y protejan plenamente los derechos humanos del niño y las garantías jurídicas. Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales: 15. En muchos sistemas de todo el mundo se han introducido medidas relativas a los niños que evitan recurrir a procedimientos judiciales y que generalmente se denominan medidas extrajudiciales. Estas medidas implican derivar asuntos fuera del sistema de justicia penal oficial, por lo general a programas o actividades. Además de evitar la estigmatización y los antecedentes penales, este criterio resulta positivo para los niños, es acorde con la seguridad pública y ha demostrado ser económico. 16. En la mayoría de los casos, la forma preferida de tratar con los niños debe ser la aplicación de medidas extrajudiciales. Los Estados partes deben ampliar continuamente la gama de delitos por los que se pueden aplicar dichas medidas, incluidos delitos graves, cuando proceda. Las posibilidades de aplicar tales medidas deberían estar disponibles lo antes posible tras entrar en contacto con el sistema y en diversas etapas a lo largo del proceso. Las medidas extrajudiciales deben ser parte integrante del sistema de justicia juvenil y, de conformidad con el artículo 40, párrafo 3 b), de la Convención, los derechos humanos y las garantías jurídicas del niño deben respetarse y protegerse plenamente en todos los procesos y programas que incluyan medidas de esa índole. 17. Queda a la discreción de los Estados partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas extrajudiciales, y adoptar las disposiciones legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación. El Comité toma nota de que se han elaborado diversos programas orientados a la comunidad, como el trabajo comunitario, la supervisión y orientación a cargo de funcionarios designados, las conversaciones familiares y otras opciones de justicia restaurativa, incluida la reparación a las víctimas.

En otro punto, al abordar la edad mínima de responsabilidad penal, dispone: "...20. Los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito no pueden

ser considerados responsables en procedimientos penales. Los niños de edad igual o superior a la edad mínima en el momento de la comisión de un delito, pero menores de 18 años, pueden ser acusados formalmente y sometidos a procedimientos de justicia juvenil, en plena conformidad con la Convención. El Comité recuerda a los Estados partes que la edad a tener en cuenta es la que se tiene en el momento de cometer el delito. 23. El Comité reconoce que, si bien es importante fijar una mayoría de edad penal en un nivel razonablemente alto, un enfoque eficaz depende también de la manera en que cada Estado trate a los niños mayores y menores de esa edad. El Comité seguirá examinando esta cuestión en el examen de los informes de los Estados partes. Los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal deben recibir asistencia y servicios de las autoridades competentes, según sus necesidades, y no deben ser considerados como niños que han cometido delitos penales."

En cuanto a los Sistemas con excepciones a la edad mínima señala: "25. Preocupan al Comité las prácticas que permiten la aplicación de una edad mínima de responsabilidad penal inferior en los casos en que, por ejemplo, se acusa al niño de haber cometido un delito grave. Tales prácticas se llevan a cabo generalmente para responder a la presión de la opinión pública y no se basan en una comprensión racional del desarrollo del niño. El Comité recomienda encarecidamente a los Estados partes que supriman esos enfoques y fijen una edad estándar por debajo de la cual los niños no puedan ser considerados responsables en el derecho penal, sin excepción."

Indica también en el punto 29 que "El sistema de justicia juvenil debe aplicarse a todos los niños que superen la edad mínima de responsabilidad penal pero no hayan cumplido 18 años en el momento de la comisión del delito. 30. El Comité recomienda que los Estados partes que limiten la aplicabilidad de su sistema de justicia juvenil a los niños menores de 16 años (o menos), o que permitan, a título excepcional, que ciertos niños sean tratados como delincuentes adultos (por ejemplo, debido a la categoría del delito), modifiquen sus leyes para garantizar una aplicación plena y no discriminatoria de su sistema de justicia juvenil a todas las

personas menores de 18 años en el momento de cometer el delito (véase también la observación general núm. 20, párr. 88)."

Por último, resulta necesario añadir que en el apartado E, referido a las Medidas extrajudiciales a lo largo de las actuaciones, precisa que: "72. La decisión de llevar a un niño ante el sistema de justicia no significa que deba pasar por un proceso judicial formal. Conforme a las observaciones formuladas en la sección IV.B, el Comité destaca que las autoridades competentes —la fiscalía, en la mayoría de los Estados— deben considerar siempre las posibilidades de evitar un proceso judicial o una sentencia condenatoria, recurriendo a medidas extrajudiciales o de otra índole. En otras palabras, desde que se entra en contacto con el sistema judicial, antes de que comience el juicio, deben ofrecerse las opciones de medidas extrajudiciales, que deben estar disponibles durante todo el proceso. Al ofrecer dichas medidas, deben respetarse plenamente los derechos humanos del niño y las salvaguardias jurídicas, teniendo en cuenta que el carácter y la duración de tales medidas pueden ser exigentes y que, por lo tanto, se necesita asistencia jurídica u otro tipo de asistencia apropiada. Las medidas extrajudiciales deben presentarse al niño como una forma de suspender el proceso judicial oficial, al que se pondrá fin si el programa correspondiente a tales medidas se ha llevado a cabo de manera satisfactoria."

No debe perderse de vista que todo lo expuesto refiere a menores punibles y éstos son para nuestro país los que han alcanzado la edad de 16 años. Pretender la sujeción a proceso de una menor de 15 años -que no puede ser considerada responsable por el acto- con el único fin del esclarecimiento de la verdad, decanta en una interpretación forzada de la norma que traduce una evidente instrumentalización de la niña para otros fines e implica indefectiblemente un apartamiento de los principios, derechos y garantías consagrados en las normas internacionales a las que nuestro Estado oportunamente y voluntariamente adhirió y frente a las que debe asumir posición de garante, adoptando medidas dirigidas a la

protección del menor.

Respecto a la verdad como objetivo del procedimiento, refiere el maestro Maier que "...es hoy un lugar común, entre los autores de Derecho procesal penal, describir uno de los fines o funciones del procedimiento como el hallazgo de la verdad objetiva, esto es, en otras palabras, como el conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva objeto del procedimiento, la imputación dirigida a una persona... Intuitivamente, parece que la sublimación de este ideal, elevado a la categoría de máxima garantista, provoca ciertos desajustes. Pues, si así fuera, deberíamos cantar loas al inquisidor, tan preocupado de averiguar la verdad que casi no reconoció límite en pos de lograr el ideal. Este ideal sólo puede aparecer como principio garantista a través de otras máximas fundamentales que son, en realidad, las que le pueden conceder esa categoría... La prédica constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales... En general, las limitaciones y condicionamientos están vinculados a dos aspectos relacionados con la verdad: el primero...se vincula con el objeto acerca del cual se pretende afirmar verdad o falsedad; el segundo... tiene relación con los instrumentos o medios de los que se dispone para conocer (averiguar la verdad)..." (Cfr. Julio B. J. Maier en *Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos, 2016, Ad Hoc*).

Como conclusión, entonces, puede derivarse que la verdad no sólo no es el único objeto del procedimiento, sino que se halla inevitablemente limitada por las reglas y garantías procesales, que en este caso, prohíben categóricamente el enjuiciamiento de un menor de edad.

Además de ello y reparando en las particularidades del presente, cabe destacar, como apunta Maier, que... "especialmente, por su importancia en el procedimiento penal, se debe observar que, como regla general, el tribunal no queda ligado por la confesión del imputado, salvo casos de excepción; por ello se dice que, en este tipo de procedimiento el allanamiento a la imputación carece de valor vinculante" ... (ob. cit.)

De esta manera, si aún insistiéramos en la legalidad del procedimiento contra una persona inimputable que no puede ser responsabilizada penalmente de sus actos, es fácil advertir no sólo la inconveniencia del pretendido despliegue frente a las garantías que protegen a los menores en conflicto con la ley penal, sino la ineeficacia en este caso concreto para alcanzar el único fin propuesto -la verdad-, considerando lo vertido por la acusación respecto a la confesión de la niña.

Resulta ilustrativo agregar la mención del Dr. Rafecas al tratar la imputabilidad y respecto de los niños y adolescentes, reconoce la falta de madurez suficiente para acceder a la cabal comprensión de lo lícito y lo ilícito. Señala que uno de los puntos de tensión más relevante entre las pretensiones punitivas estatales y las garantías constitucionales penales se da en este campo e indica que en nuestro país se ha pugnado una y otra vez por expandir el alcance de la criminalización penal mediante la propuesta de bajar la edad de inimputabilidad penal, es decir, que los debates han girado básicamente en torno de los límites de la capacidad de culpabilidad de quienes pueden ser destinatarios del castigo penal, en una sociedad democrática. "Esta dialéctica permanente, que ha puesto a prueba al Estado de derecho, al menos desde la recuperación de la democracia, paradójicamente, ha generado cierta conciencia social, sobre los peligros que un aumento en las prácticas represivas estatales podría generar en este campo, que, en definitiva, lo tornaría contraproducente. Lo cierto es que, entrados ya en la tercera década del siglo XXI, las cosas se han mantenido como están, puesto que, conforme lo establece el art. 1º de la ley 22.278, desde hace cuatro décadas, resultan en Argentina inimputables plenos todos los niños, niñas y preadolescentes hasta la edad de 15 años, inclusive. Es decir, que para la ley penal argentina, un autor de 15 años de edad, más allá del delito que cometa, será considerado inimputable pleno, sin admitirse prueba en contrario. Recordemos, en este sentido, que esta normativa respeta lo que dispone la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que integra nuestro plexo constitucional (art. 75, inc 22, C.N.), al obligar a los Estados parte a "el establecimiento de una edad

mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales" (cfr. art. 40, inc. 3.a) Asimismo, la ya citada ley 22.278 prevé respecto de adolescentes entre 16 y 17 años que sean sometidos a un régimen especial, ciertamente favorable en comparación con el régimen punitivo de los adultos..." (cfr. Daniel Rafecas en Derecho Penal sobre Bases Constitucionales, Ediciones Didot, 2021, pág.606 y sgtes.)

En línea similar, Viviana A. Schweizer, bajo la dirección de Angela Ledesma al abordar la cuestión, destaca que el amplio marco normativo en materia de niñez y adolescencia establece como principio rector que en toda decisión en la que esté involucrado un NNA debe priorizarse su interés."...La niñez tiene derechos especiales derivados de su condición, a los que les corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, por ser personas en formación y desarrollo. Esta protección especial se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones de la niñez, ya que debido a su desarrollo progresivo (en su faceta física, cognitiva, emotiva, psicológica y social), dependen de los adultos. Motivo por el cual, es el Estado en su posición de garante quien debe adoptar medidas dirigidas a la niñez con el objeto de evitar la vulneración de sus derechos..." (Viviana A. Schweizer en El debido Proceso Penal tomo 7, bajo la dirección de Angela Ledesma).

Por otra parte, la CSJN ha tenido oportunidad de expedirse respecto a este tópico. En el caso "Maldonado" (328:4343) se aplicó la escala de la tentativa del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad; hecho cometido a los 16 años. La Corte determinó que la pena aplicable no puede superar la medida de su culpabilidad, la que resulta disminuida con relación a los adultos por su condición de menor, estableciendo como regla la reducción de la normativa legal.

Cabe destacar que el Máximo Tribunal en aquella ocasión hizo referencia a la subsistencia de la doctrina de la "situación irregular" en el régimen de la Ley 22.278, especialmente en su art. 1, párrafos segundo,

tercero y cuarto donde se verifica una intervención estatal paternalista extrema e injustificada enderezada a guiar a los niños hacia aquellos ideales que se consideran objetivamente mejores.

En el caso "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa Nº 7537" ya mencionada *ut supra*, la CSJN, tomando el tratamiento dado por la Convención de los derechos del Niño alude al proceso de desarrollo y evolución de su madurez y a la necesidad de proporcionarle una protección especial adoptando medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales. Citando las Reglas de Beijing en cuanto establecen que incluso para los "menores delincuentes" pasibles de sanción, "[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente" (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la "mejor respuesta", y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las "diversas medidas" ajenas a los procedimientos judiciales, y a "otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones", que debe prever el Estado. En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales...

Señaló que entre los derechos especiales que tienen los niños por su condición -y que constituyen un imperativo constitucional- y el régimen de la ley 22.278 media una fuerte tensión por el "retaceo" de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso y la subsistencia de la doctrina de la situación irregular.

Como ya se vio, "El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la "situación irregular",

abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10.903 (párrafo 15), sino también a la ley 22.278 (párrafos 40 y 62). Si bien refiriéndose en conjunto a ambas leyes, el Comité puntualizó que el régimen legal vigente, inspirado en la mencionada doctrina, no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. Aunque con la sanción de la ley 26.061 y derogación de la ley 10.903, han perdido actualidad algunas críticas del Comité (como la incluida en el párrafo 15 de que no hay norma alguna que considera al menor sujeto de derechos), hay otras que sí mantienen vigencia. En efecto el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la "situación irregular" y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a)."

La Corte plasmó como conclusión, que el Comité recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

Este caso y el llamado de atención del Comité se encuentra publicado en la página de la CIDH (corteidh.or.cr) bajo el título: La doctrina de la "situación irregular" de menores y su aplicación es contraria a los estándares internacionales de derechos humanos del menor porque no distingue los procedimientos y el trato de los menores en conflicto con la ley penal de aquellos que necesitan protección y cuidado".

Si bien el Máximo Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de la normativa interna por tratarse de un marco procesal inapropiado para ello según sus propias consideraciones, dio pautas ineludibles para el tratamiento de una necesaria y urgente reforma legislativa al respecto. Ello, respecto a la Ley Nacional Nº 22.278.

No puede dejar de advertirse que a nivel Provincial, de acuerdo a las iniciales consideraciones de este voto, la tensión convencional es aún mayor. Estamos frente a disposiciones normativas obsoletas, imprecisas y contrarias indiscutiblemente al plexo internacional.

Más recientemente, en Junio del año 2021, en el fallo "H., A. O. s/ Infracción ley 23.737" en que se pretendía llamar a indagatoria a un menor de 15 años, la CSJN citó a Clariá Olmedo, en los siguientes términos: "no es posible dirigir válidamente una imputación a quien no había alcanzado la edad de dieciséis años en el momento de la comisión del hecho incriminado. No interesa que en el momento del proceso haya alcanzado ya esa edad (dieciséis años), pues nunca podrá ser declarado culpable dado que está fuera del alcance de la ley penal. La investigación a practicarse con respecto al hecho o a la persona del menor, como asimismo la resolución a dictarse, no pueden ir más allá de los fines previstos por las leyes orientadoras de su protección o corrección. Por esta causa, el hecho en sí es secundario, pues se atiende más a la persona del menor, de sus padres o guardadores" (cf. "Derecho Procesal Penal. Tomo II. Sujetos Procesales Penales", pág. 394, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962). En síntesis, desde el punto de vista del derecho de forma, nuevamente en palabras del autor citado, el menor "sería un incapaz para actuar de carácter absoluto, pero en realidad lo que falta es calidad para ser imputado" (ibídем, pág. 398. En igual sentido puede consultarse Vélez Mariconde, "Derecho Procesal Penal", Tomo II, 3ra. edición, pág. 344, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1981).

Indicó que a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro sistema normativo, la necesidad de limitar la responsabilidad penal respecto de una determinada franja etaria forma parte del programa de nuestra Constitución en la materia, refirió al

art. 40 que alude al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; y que 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.

Aludió al grupo de menores excluidos del sistema punitivo y a la naturaleza de las medidas que eventualmente corresponde adoptar a partir de la infracción coligiendo que ninguna de las características inherentes al modo en que es reconocido el derecho a ser oído en el texto convencional puede ser predicable ante el contexto del caso que se analizaba, destacando el carácter de prerrogativa de su titular, y concretamente expresó: "...Sin embargo, aun frente a las carencias del régimen legal vigente en términos de especificidad del procedimiento, en el marco de un sistema normativo que deja al margen a los niños y a los adolescentes hasta los dieciséis años de la potestad sancionatoria del Estado, disponiendo para su tratamiento, en caso de resultar necesario, medidas del derecho tutelar tendientes a su protección integral, debe ser contrarrestada con énfasis la noción relativa a la posibilidad de canalizar el derecho del menor a expresar su perspectiva acerca del proceso que lo involucra, mediante la utilización de un instituto de derecho procesal penal que no preserva ninguno de los rasgos esenciales de la garantía en cuestión. Que, finalmente, es dable entrever que el trasfondo real del sentido de la decisión del a quo resulta ser, en definitiva, la aparente necesidad de que el menor aporte algún dato relevante para la investigación, tal como incluso se termina reconociendo en el voto que concurrió con sus propios argumentos a la posición mayoritaria, luego de citar los principios integrantes del corpus iuris constitucional en materia de infancia en conflicto con la ley penal. Enfocar de esa manera las agudas cuestiones que involucra un caso de la índole del que aquí se juzga arrastra, sin embargo, dos graves problemas. Primero, al no haberse sustentado ninguna argumentación adicional al respecto, resulta cuanto menos

injustificada la hipótesis de que el avance de un proceso en el que se pretende desentrañar la propiedad de una importante cantidad de droga, asociada además con actos de comercio de ese material, dependa centralmente del conjetural aporte que eventualmente podría surgir de los dichos del adolescente que fue encontrado como solitario morador de la vivienda al momento de procederse al allanamiento. En segundo término, incluso si esto pudiera ser presentado de ese modo, es decir, imaginando como posibilidad ad argumentandum que el afectado resultase portador de información calificada al respecto, tampoco aparecería como una decisión ética valorable que el Estado persiga instrumentalizar a un sujeto al que expresamente preserva de su sistema represivo, reconociéndolo como merecedor de especial protección en razón de su condición, apelando a una medida que no contempla el régimen legal específico y frente a la expresa negativa de sus representantes legales..."

Estos antecedentes de la Corte Suprema, ilustran acerca de los principios que inspiraron la Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral sobre ellos y advierten sobre las graves inconsistencias reveladas en la Ley Nacional N° 22.278. Cuánto más cabe repudiar la normativa provincial que inconvencialmente dispone la procesabilidad de niños entre 14 y 16 años de edad, contrariando la normativa nacional que dispone el comienzo de la punibilidad a los 16 años y vulnerando las bases fundamentales del sistema supranacional que incorporamos como Estado de Derecho a nuestra legislación Constitucional.

Entiendo, por lo visto hasta aquí, que los argumentos casatorios respecto a los fines perseguidos por la procesabilidad violentan indefectiblemente las garantías de la niña y resultan francamente insuficientes para justificar desvío alguno de los cánones supranacionales.

En definitiva, frente **al planteo de inconstitucionalidad esgrimido**, cabe aclarar, que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia,

oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341).-

Asimismo, "...cabe recordar que el más Alto Tribunal de la Nación ha sostenido en innumerables oportunidades que la declaración de *inconstitucionalidad* de una norma legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (CSJN, *Fallos*, t. 303, págs. 248, 1708, 1776; t. 304, págs. 849, 892, 1069; t. 307, págs. 531, 1656), justificándose su ejercicio sólo frente a la comprobación de la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía invocada por el recurrente (CSJN, *ob. cit.*, t. 303, pág. 397), esto es cuando la norma impugnada resulte manifiesta o comprobadamente repugnante, incompatible e irreconciliable con la cláusula constitucional (federal o local) invocada; por ende, no es susceptible de ser realizada en términos generales o teóricos, toda vez que tal declaración -efectuado por un órgano judicial- implica desconocer los efectos, en el caso, de una norma dictada por un Poder igualmente supremo como lo es el Legislativo (CSJN, *ob. cit.*, t. 252, pág. 328).-

La cuestión de establecer si una ley es nula por su repugnancia a la Constitución es, en todo tiempo, una cuestión muy delicada que, como regla, jamás puede ser decidida afirmativamente en un caso dudoso, siendo doctrina admitida que en la duda -aunque ésta fuese razonable- los tribunales deben pronunciarse en favor de la validez de la ley, principio éste que impone para los tribunales, en el ejercicio del control de *constitucionalidad* de las leyes, la obligación de obrar con la mayor medida, mostrándose tan celoso en el uso de las facultades que le son propias cuanto en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (CSJN, *ob. cit.*, t. 306, pág. 655).-

Por fin, conviene destacar también que el control de *constitucionalidad* de las leyes no se limita a la función negativa de

*descalificar una norma por lesionar principios de la Carta Magna, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permita, toda vez que velar por la constitucionalidad de las leyes no importa solamente descalificarlas por afectar disposiciones constitucionales sino también interpretarlas y aplicarlas con efectivo influjo de los fundamentales principios de dicha Carta, que son los que deben informar intrínsecamente (y así ha de presumirse toda intención del legislador en tanto no resulte lo contrario) las leyes y la vida jurídico-política de la Nación (CSJN, voto de los Dres. Adolfo R. Gabrielli y Abelardo F. Rossi, ob. cit., t. 304, pág. 737) –cfr. doctrina de esta Sala in re : "**COLMAN JULIO R. Y OTROS – AC. DE INCONSTIT. – REC.DE INAPLIC.DE LEY**" –3/V/06-".-*

...el Tribunal ha entendido que no les corresponde a los jueces decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 318:785); ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas (Fallos: 224:810), ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación (Fallos: 311:1565); y asimismo que "el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno" (Fallos: 256:386 y sus citas).

Que, ciertamente, lo antes señalado no excluye el inexcusable deber que pesa sobre los jueces de verificar la compatibilidad constitucional, acorde con el art. 31 de la Constitución Nacional, de las leyes controvertidas en los casos sometidos a su jurisdicción, de modo que, si efectuada esa verificación se comprobara la existencia de desacuerdo o incongruencia, la norma legal sería descalificada. En tal sentido y en cuanto aquí concierne, lo relevante a efectos del control de constitucionalidad que incumbe al Tribunal queda ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad que, como ha sido configurada por conocida jurisprudencia, supone que tales actos deberán satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad

entre el medio empleado y el fin perseguido y carecer de iniquidad manifiesta (Fallos: 248:800; 243:449; 243:467, entre otros)."

Analizada la cuestión bajo dichas pautas y de acuerdo a todo lo expuesto, postulo hacer lugar al recurso articulado, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 77 y 109 de la ley provincial 9.861, incorporados por ley 10.450.

Así voto.-

**A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL,
DR. DANIEL O. CARUBIA, DIJO:**

I.- Los antecedentes relevantes del caso, han sido suficientemente reseñados por el Dr. Giorgio en su voto precedente (ptos. I, II, III, IV y V) y en beneficio de la economía procesal a lo allí consignado sobre el particular me remito, evitando innecesarias reiteraciones, y paso a desarrollar las consideraciones que sustenten mi conclusión respecto de la cuestión planteada.

II.- Liminarmente debo precisar que la normativa cuya legitimidad constitucional es desafiada aquí por el Ministerio Público de la Defensa proviene de la Ley N° 10.450, sancionada a partir de la iniciativa legislativa del Superior Tribunal de Justicia (cfme.: art. 123, Const. de E. Ríos) que, en el Punto 2º del Acuerdo General N° 7/15 (25/3/2025), aprobó -por mayoría- el anteproyecto de ley redactado por una comisión interdisciplinaria que formuló la propuesta.

Al respecto, corresponde señalar que participé en ese Acuerdo sin emitir opinión sobre la constitucionalidad de la normativa aquí cuestionada, como tampoco me pronuncié como integrante de la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal que no fue convocada a reunión para su tratamiento, no expresando formal oposición a la remisión del anteproyecto en ejercicio de la facultad constitucional de iniciativa legislativa del Alto Cuerpo.

No obstante, esa circunstancia en modo alguno puede configurar un motivo de inhibición para el ejercicio de la jurisdicción frente a un concreto y fundado planteo de inconstitucionalidad de parte de la

normativa contenida en el producto final de aquella iniciativa, razón por la cual, luego de destacar las precedentes particularidades, he de pronunciarme con la más absoluta libertad e independencia sobre el objeto de la impugnación traída a decisión y, en esa convicción, anticipar mi coincidencia con la conclusión a la que arriba el señor Vocal ponente, toda vez que advierto que el plexo normativo legal, constitucional y convencional vigente se erige como un obstáculo insalvable de la posibilidad de someter a un menor no punible -mayor de 14 años y menor de 16 años- a un proceso penal, aunque no persiga una sanción punitiva y aún cuando se trate de delitos dolosos contra la vida, contra la integridad sexual, lesiones graves y gravísimas, y/o cometidos con armas y demás supuestos previstos en el capítulo IX de la Ley provincial N° 10.450, tal como lo establecen los arts. 77, 2do. párr., y 109, de ese cuerpo legal, eufemísticamente denominado de "Protección integral de los derechos del niño, el adolescente y la familia", lo cual en modo alguno puede realmente interpretarse de ese modo (protección de derechos) en los referidos supuestos de niños, niñas y adolescentes mayores de 14 años y menores de 16.

Ello así, toda vez que la Ley N° 22.278, en su art. 1°, determina con toda precisión la edad de punibilidad de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años; a su vez, la Ley N° 26.061 establece el ámbito de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, garantizando el ejercicio pleno de los reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en que la Nación es parte, asentando su fundamento en el principio del interés superior de aquéllos el cual merece una primordial consideración en todas las medidas relacionadas a niñas, niños y adolescentes, de conformidad con la expresa norma del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) cuya aplicación es obligatoria en todo acto, decisión o medida de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de dieciocho años de edad (cfme.: art. 2, Ley N° 26.061).

En esa línea, la referida Convención obliga a los Estados parte a establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que las

niñas, los niños y adolescentes **no tienen capacidad para infringir leyes penales** (art. 40.3.a) -ello se verifica satisfecho por nuestro país, a través del dispositivo del art. 1º, 1er. párr., de la Ley N° 22.278 que establece inequívocamente la **no punibilidad absoluta** de las personas **menores de 16 años** de edad- y, cuando sea apropiado y deseable, adoptar medidas para el tratamiento de esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (art. 40.3.b).

Ello se complementa -siguiendo el mismo criterio- con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, comúnmente conocidas como "Reglas de Beijing", aplicables al tratamiento de menores en conflicto con la ley penal, las cuales contemplan el instituto de la "remisión" (Reglas 11, 11.1, 11.2, 11.3 y 11.4), que importa sustitución de un procedimiento ante la justicia penal y la reorientación del caso hacia servicios -no judiciales- existentes en el ámbito administrativo, escolar, familiar, deportivo, etc., por entero diferentes de las "autoridades competentes" para su juzgamiento (Regla 14.1) con el fin de brindarles medidas especiales de protección en orden al interés superior de ellos.

Con preciso detalle ha explicado el Dr. Giorgio en su voto el criterio jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación señalando la evolución superadora de la doctrina de la "situación irregular" y su sustitución por la de "protección integral" de niñas, niños y adolescentes, decididamente enrolada en la línea de pensamiento que emerge de la normativa antes señalada.

Este plexo normativo de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) conforma una clara línea de política general de justicia de menores y, así entendida por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, ofrece a los Estados parte orientación y recomendaciones con respecto a su contenido, prestando especial atención a la prevención de la delincuencia juvenil, la adopción de otras medidas que permitan **afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales**; a la

vez, el Comité entiende que la disposición del art. 40, párrafo 3, de la Convención, obliga a los Estados parte a establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal, lo cual -como he anticipado- nuestro país cumplimenta en el art. 1º de la Ley N° 22.278, y -agrega- que esa edad mínima significa que *"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"* (cfme.: Comité de los Dchos. del Niño, Observación General N° 10, 15/2/2007, ptos. II.4 y IV.C.31 -las negritas son mías-); además, este mismo Comité, en su Observación N° 24, 18/9/2019 -explícitamente citada por el colega preopinante-, afirma demostrado que **el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños**, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables; recuerda a los Estados parte que, **de conformidad con el artículo 41 de la Convención, no deben adoptar ninguna medida regresiva**, siendo uno de los objetivos de la Observación: *"Promover estrategias clave para reducir los efectos especialmente perniciosos del contacto con el sistema de justicia penal"* y, entre los elementos fundamentales de una política integral de justicia juvenil, propone: *"La intervención temprana para los niños que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal requiere dar respuestas multidisciplinarias y adaptadas a las necesidades de los niños cuando se dan los primeros indicios de un comportamiento que, si el niño superara dicha edad mínima, se consideraría un hecho delictivo. Deberían elaborarse programas de intervención con base empírica que reflejen no solo las múltiples causas psicosociales de ese comportamiento, sino también los factores de protección que pueden intensificar la resiliencia. Las intervenciones deben ir precedidas de una evaluación integral e interdisciplinaria de las necesidades"*

*del niño. Como prioridad absoluta, los niños deben recibir apoyo en sus familias y comunidades. En los casos excepcionales en que se requiera un acogimiento fuera del hogar familiar, esta modalidad alternativa de cuidado debería producirse preferiblemente en un entorno familiar, aunque en algunos casos puede ser apropiada la asistencia residencial, a fin de proporcionar la variedad de servicios profesionales necesaria. Debe utilizarse únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y debe estar sujeta a revisión judicial"; reafirma que "La intervención temprana para los niños que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal requiere dar respuestas multidisciplinarias y adaptadas a las necesidades de los niños cuando se dan los primeros indicios de un comportamiento que, si el niño superara dicha edad mínima, se consideraría un hecho delictivo. Deberían elaborarse programas de intervención con base empírica que reflejen no solo las múltiples causas psicosociales de ese comportamiento, sino también los factores de protección que pueden intensificar la resiliencia. Las intervenciones deben ir precedidas de una evaluación integral e interdisciplinaria de las necesidades del niño. Como prioridad absoluta, los niños deben recibir apoyo en sus familias y comunidades. En los casos excepcionales en que se requiera un acogimiento fuera del hogar familiar, esta modalidad alternativa de cuidado debería producirse preferiblemente en un entorno familiar, aunque en algunos casos puede ser apropiada la asistencia residencial, a fin de proporcionar la variedad de servicios profesionales necesaria. Debe utilizarse únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y debe estar sujeta a revisión judicial"; señala que: "Preocupan al Comité las prácticas que permiten la **aplicación de una edad mínima de responsabilidad penal inferior en los casos en que, por ejemplo, se acusa al niño de haber cometido un delito grave. Tales prácticas se llevan a cabo generalmente para responder a la presión de la opinión pública y no se basan en una comprensión racional del desarrollo del niño. El Comité recomienda encarecidamente a los Estados partes que supriman esos enfoques***

y fijen una edad estándar por debajo de la cual los niños no puedan ser considerados responsables en el derecho penal, sin excepción” (las negritas me pertenecen).

De este marco normativo y de recomendaciones interpretativas se deriva sin lugar a duda que, en nuestro país, las niñas, niños y adolescentes entre los 14 y 16 años de edad, **no pueden ser sometidos a un proceso penal**, sea cual fuere el hecho cuya comisión se les atribuya, ni acusados, sin importar que el procedimiento no concluya con una medida sancionatoria, toda vez que el propio sometimiento a un proceso penal de por sí acarrea una estigmatización y el contacto con ese tipo de proceso ha sido calificado como **perjudicial** para niñas, niños y adolescentes por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

De tal manera, deviene evidente que los cuestionados dispositivos de los arts. 77 y 109 de la Ley N° 9861, incorporados por Ley N° 10.450, se revelan inequívocamente incompatibles con el reseñado plexo normativo de jerarquía constitucional y, en lugar de “proteger” los derechos de niñas, niños y adolescentes no punibles, les ocasiona un verdadero perjuicio estigmatizante sometiéndoles a un proceso penal vedado para ese grupo etario por la Convención de los Derechos del Niño y sus interpretaciones aclaratorias, persiguiendo la finalidad de que la niña, niño o adolescente comprenda y asuma su responsabilidad por el hecho cometido, cuando de consumo con toda la normativa convencional este grupo de personas entre 14 y 16 años de edad **carece de responsabilidad** por hechos que pudieran considerarse delictivos si superasen ese límite de edad mínima de responsabilidad penal, antes de lo cual carecen de capacidad para infringir leyes penales (CDN, art. 40.3.a) y el Estado, de ser necesario, debería adoptar medidas para el tratamiento de esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales (CDN, art. 40.3.b).

Si el Estado necesita esclarecer lo sucedido en un hecho de naturaleza penal, puede perfectamente hacerlo, llevar a cabo la más profunda y diligente investigación y tramitar un proceso penal a efectos de establecer la verdad forense del suceso; mas, sin involucrar en ese proceso

a menores de entre 14 y 16 años sospechados de ser autores del mismo, habida cuenta que no es necesaria su participación para arribar al fin perseguido y el supuesto autor, no importa su edad, en modo alguno podría estar obligado a colaborar en la averiguación de la verdad, cuanto menos tratándose de niñas, niños y adolescentes que el derecho positivo vigente les atribuye incapacidad para infringir leyes penales.

Por lo demás, resulta inexplicable cómo podría este grupo etario (entre 14 y 16 años) ser sujetos forzados de un proceso penal contra su voluntad, característica ésta de la denunciada norma imperativa del art. 109 de la Ley N° 9861 que se constata claramente contradictoria con el dispositivo del art. 111, 1er. párrafo *-in fine-*, de la misma ley que expresamente establece: "***En ningún caso se aplicarán medidas de coerción procesal en relación a menores de edad no punibles***", lo cual neutraliza toda posibilidad coactiva de procesabilidad de menores de edad no punibles.

III.- De conformidad con las consideraciones aquí volcadas, sumadas a los fundamentos del voto que antecede -a los que sólo complementan-, resulta incontestable la ilegitimidad convencional y constitucional de las normas de los arts. 77 y 109 de la Ley N° 9861, las cuales no resisten su simple confrontación con la normativa constitucionalizada de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) y me conduce a concluir mi sufragio reiterando mi adhesión a la solución propuesta por el Dr. Giorgio en su voto precedente.

Así voto.

A SU TURNO, LA SEÑORA VOCAL, DRA. CLAUDIA M. MIZAWAK, DIJO:

1. Resumidos los antecedentes relevantes de la causa en el sufragio que comanda este acuerdo, me remito a ello a fin de evitar innecesarias repeticiones e ingreso directamente al tratamiento de la cuestión traída.

2.- Si bien la suerte de este recurso ya ha sido sellada con el voto coincidente de los Vocales preopinantes, dadas las particularidades

que reviste el caso bajo análisis, no puedo dejar de formular algunas consideraciones que me llevan a disentir con la solución propiciada por mis colegas.

3.- En primer término, debo precisar que -en mi opinión-, declarar la inconstitucionalidad de los arts. 77 y 109 de la Ley N° 9861 implicaría por parte del Poder Judicial excederse claramente del ámbito de su jurisdicción, en un diáfano menoscabo a las funciones que le incumben al órgano legisferante, vulnerando un principio básico de nuestro régimen republicano, como es la división de poderes.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en innumerables oportunidades, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como **última ratio del orden jurídico** (Fallos: 303:248, 1708, 1776; 304:849, 892, 1069; 307: 531, 1656), justificándose su ejercicio sólo **frente a la comprobación de la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía invocada por el recurrente** (Fallos 303:397). Esto es, cuando la norma impugnada resulte manifiesta y comprobadamente repugnante, incompatible e irreconciliable con la cláusula constitucional (federal o local) invocada. Por ende, no es susceptible de ser realizada en términos generales o teóricos toda vez que tal declaración -efectuada por un órgano judicial- implica desconocer los efectos, en el caso, de una norma dictada por un Poder igualmente supremo como lo es el Legislativo (Fallos: 252:328).

La cuestión de establecer si una ley es nula por su repugnancia a la Constitución es, en todo tiempo, una cuestión muy delicada que, como regla, jamás puede ser decidida afirmativamente en un caso dudoso, siendo doctrina admitida que en la duda -aunque ésta fuese razonable- los tribunales deben pronunciarse en favor de la validez de la ley; principio éste que impone para los tribunales, en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, la obligación de obrar con la mayor medida, mostrándose tan celoso en el uso de las facultades que le son propias cuanto en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 306:655).

Debo resaltar, en términos empleados por el máximo tribunal federal, que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse; por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -insisto, acto de suma gravedad institucional- exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional **sea manifiesta, clara e indudable**. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (doctrina de Fallos 308:1361; 313:410; 324:2248; 325:2600; 327:4495)

Dentro de tal contexto, y analizando los argumentos introducidos por el recurrente, no constato que la mentada norma aparezca palmariamente contraria al régimen constitucional.

4.- Sentado lo anterior, cabe precisar que la **ley N° 10.4504**, que modifica la ley Procesal Penal de Niños y Adolescentes N°9861, es el resultado de la iniciativa del **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos**, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 123º de la Constitución Provincial

El STJER, por Acuerdo General N°34/14 del 28/10/2014, había decidido previamente y a fin de recabar sugerencias y opiniones, que el anteproyecto de ley procesal Penal de Niños y Adolescentes -*el cual contó con la expresa conformidad del titular del Ministerio Público de la Defensa, Dr. Maximiliano Francisco Benítez*- pase a conocimiento y consideración de los Jueces de la especialidad de toda la provincia, del Consejo Provincial del Niño, Adolescente y la Familia (COPNAF) y de la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal.

El presidente de dicha Comisión -conformada por los Vocales de la Sala Penal del Alto Tribunal provincial, el Procurador General y el Defensor General-, informó oportunamente que “*no hubo manifestación de desacuerdo y/o observación al proyecto*” ni por parte de la Comisión ni de la Sala N°1 del STJER (conforme surge de las “Actuaciones Administrativas N° 36985” a fs. 24).

Finalmente, por Acuerdo General N°7/15 del 25/03/2015, la mayoría del Tribunal en Pleno aprobó el Anteproyecto de ley Procesal Penal de

Niños y Adolescentes -cuya elaboración, insisto, fue fruto del consenso de los operadores del sistema-, remitiéndolo a la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Entre Ríos.

5.- El régimen provincial vigente -Ley Nº 9861, modificada por Ley 10450- dispone que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciséis (16) años de edad únicamente podrán ser sujetos a proceso penal por delitos dolosos que se perpetraren contra la vida, contra la integridad sexual, lesiones graves y gravísimas, y/o cometidos con arma de fuego, proscribiendo la aplicación de medidas de coerción procesal y estableciendo que la sentencia resolverá sobre la cuestión atinente a la autoría y/o participación del adolescente en el hecho, remitiéndose copia al órgano administrativo de protección de derechos a los efectos que estime pertinente.

Por su parte, el art. 1º de la **ley nacional 22.278** establece:

"No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador."

Frente a ello, debo en primer término remarcar que la normativa local es clara en cuanto no disminuye la edad mínima a los efectos

de la declaración de la culpabilidad; por lo que ninguna incompatibilidad existe en tal sentido con el régimen nacional.

Pero, además, conforme lo prescribe la ley sustantiva, en el caso de las personas no punibles se debe "proceder a la comprobación del delito", lo que implica determinar quiénes fueron sus autores.

Adviértase que la ley hace referencia a la comprobación de un delito, no de un hecho. "En este sentido es preciso recordar que jurídicamente el "DELITO" es una acción típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, acorde lo prescripto por la ley sustantiva, en el caso de las personas no punibles se debe proceder a la comprobación del delito, lo que necesariamente conduce a determinar si existió una conducta (acción u omisión), en caso de acontecer, si es típica (coincidir con la descripción de un artículo del Código Penal), de serlo, si es antijurídica (Contraria a derecho o hubo alguna causa que justificara esa conducta) y si esa conducta es típica y antijurídica, ¿se le puede reprochar a su autor?, ¿es culpable de esa conducta?. Si la conducta de la persona no punible es típica, antijurídica y culpable, habrá delito." (cfr. Barbirotto, Pablo. *Fallo "H., A. O. s/ infracción ley 23.737" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ¿Es contrario al procedimiento penal para personas no punibles regulado en la legislación entrerriana?* en Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), septiembre de 2021, No. 403).

"Por lo que la única manera de comprobar el hecho base de una imputación, en los términos de la citada ley, es por medio de un proceso penal, pues las personas adolescentes, aún las no punibles, son titulares de los derechos y garantías que toda persona posee ante una persecución penal." (cfr. Barbirotto, Pablo. -Director-; *Proceso Penal para Personas Adolescentes. Ley N° 10450 Comentada*; Abogar; p.153).

El procedimiento penal de los adolescentes no punibles no tiene por objeto la imposición de una pena, sino la comprobación de que el hecho que se investiga ciertamente ocurrió a efectos de la internalización en el joven de las consecuencias del accionar y asunción de la responsabilidad por el acto cometido, facilitando una más apropiada selección de las medidas

reeducativas o de protección por parte de los organismos pertinentes al haberse atravesado un juicio en el que se ventilaron sin restricciones las circunstancias del hecho, grado de participación, forma de comisión, medios empleados, extensión del daño y peligro ocasionados a la víctima y los posibles motivos que lo llevaron a delinquir; adicionados a los estudios de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

La procesabilidad se presenta así -como lo afirma la Vocal del Tribunal de Juicios y Apelaciones- como la viabilidad de recorrer un proceso penal, con base en la *autonomía progresiva* reconocida a los jóvenes desde una moderna concepción de la psicología evolutiva -normativizada en nuestro Código Civil y Comercial en sus arts. 25 y 26-, que consideran menor de edad a quienes no han cumplido dieciocho años, y adolescente, a partir de los trece años, facultándolos al ejercicio de sus derechos a través de sus representantes de acuerdo a su edad y grado de madurez.

6.- Por otro lado, corresponde subrayar que la procesabilidad de los menores de edad es de *carácter excepcional*, siempre atendiendo a los delitos más gravosos para la sociedad en la cual este menor se desarrolla, y también contando siempre, con la intervención de equipos interdisciplinarios en la materia, que velan por su salud psicofísica y dictaminan en relación a abordajes aconsejables para la situación en particular del menor sometido a proceso.

Insisto: en ninguna norma de las atacadas y cuestionadas por inconstitucionales, establecen que se declarará la responsabilidad, en términos penales-criminales, del menor.

De ahí que resulta necesario distinguir la noción de "*procesabilidad*" del menor, de la noción de "*punibilidad*": realizar un proceso judicial especializado en minoridad, en el cual, a un menor no punible, se le respeten todas sus garantías procesales, se lo escuche con equipos interdisciplinarios formados y especializados en esta problemática, pueda declarar si así lo desea, ofrecer prueba, defenderse, etc., cuando se lo acuse de un delito grave dentro del catálogo del Código Penal, no resulta contrario

a ninguna garantía del menor; lo que se distingue notoriamente del anterior sistema "tutelar" penal que trataba al menor como un incapaz, disponiendo de él sin respetar sus derechos, lo que resultaba violatorio de sus derechos y garantías más esenciales.

7.- Como se ha expresado y reiterado a lo largo de toda esta causa, el derecho penal juvenil busca prioritariamente la prevención de nuevas conductas delictivas -prevención especial positiva- y no la retribución de los actos en términos de castigo.

Es por ello que el atravesar un proceso con todas las garantías constitucionales puede ser una oportunidad para dimensionar la gravedad del daño, fomentar procesos de implicancia subjetiva, abrir la posibilidad para desplegar medidas de reparación a las víctimas o realizar un abordaje desde el paradigma de la justicia restaurativa (cfr. Luciana Sarmiento, ¿Renunciar a la verdad o re enunciar la verdad? Abriendo las puertas de la ley en Revista de Pensamiento Penal).

Unicef, en un documento redactado con el fin de dar a conocer los conceptos básicos que rigen las normativas internacionales en torno al proceso penal juvenil, sostiene que: "La justicia penal adolescente tiene que convertirse en un escenario para que el joven pueda comprender las consecuencias que su conducta ha tenido sobre las víctimas, directas o indirectas, ya que sólo así podrá incidir en la asunción de su responsabilidad y en la promoción de cambios de conducta".

El sistema de procesabilidad de menores no punibles del sistema entrerriano, es una propuesta acorde a las garantías constitucionales y convencionales del sistema de derechos de la sociedad actual, a la luz de los paradigmas vigentes, tal como lo ha declamado siempre la doctrina especializada en menores: "Eventualmente, frente al fracaso de la prevención, el ingreso al sistema penal de una persona menor de edad debe -además de garantizar la estricta observancia del debido proceso y de las garantías propias de la especialidad, hace tiempo reconocidas por la jurisprudencia- convertirse en una paradójica oportunidad: lograr que los adolescentes comprendan lo dañino de sus conductas, adviertan que

forman parte de una comunidad y de sus valores, desarrollos el sentido de la responsabilidad y se relacionen de forma no conflictiva con su medio en el futuro" (Bellof, Mary, TR LA LEY AR/DOC/4226/2013).

8.- La normativa provincial le reconoce a todo adolescente sujeto a proceso penal los principios de excepcionalidad, especialidad, humanidad, interés superior de niño, *favor minoris*, proporcionalidad y racionalidad; y asegura las garantías de juicio previo, juez natural, inocencia, plazo razonable, respetando su dignidad y su derecho de defensa.

La intervención de equipos interdisciplinarios, además del permanente control del juez especializado en el fuero minoril, garantiza que el proceso se realizará siempre y cuando sea la decisión más razonable en el caso concreto.

En efecto, se ha declarado el carácter estrictamente restrictivo de esta situación procesal, conforme se establecen en los artículos 77 y 109 de la Ley N° 9861, cuando omitir el juzgamiento no aparezca como una alternativa más deseable.

Ello resulta acorde a lo estipulado tanto por el art. 40.3 a) y b) de la Convención de los Derechos del Niño como con las Observaciones Generales N° 10 y 24 del Comité de Derechos del Niño, desde que tales instrumentos no prohíben la judicialización, sino que expresamente subordinan la utilización del procedimiento judicial a que el mismo sea "apropiado y deseable".

Comparto, en tal sentido, las consideraciones desarrolladas sobre este punto en la sentencia fustigada:

(...)es relevante señalar que aunque Convención sobre los Derechos del Niño erija como postulado basal la ausencia de contacto de los niños, niñas y adolescentes con los procedimientos judiciales en su art. 40: 3.- b), el precepto alegado no prohíbe el recurso a tales instrumentos, ya que lo subordina explícitamente a la condición de que "...sea apropiado y deseable..." (...) por lo que el juicio oral –acompañado de sus caracteres de contradicción, oralidad, imparcialidad del juzgador, inmediación y continuidad- se vislumbra como la única actividad procesal

idónea para la consecución de dicho fin.

Véase además que en la Observación General N°10 (2.007), el Comité de los derechos del niño al hacer alusión a tales intervenciones -sin recurrir a los procedimientos judiciales- refrenda esta regla y reitera la fórmula siempre que sea apropiado y deseable. A continuación expresa que teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometan delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos; de lo que se infiere que la prescindencia de los procesos judiciales se halla principalmente destinada a una lesividad ilícita de inferior magnitud, lo que aquí tampoco acaece.

Asimismo, si bien la Observación N°24 (2.019) proveniente de dicho órgano, impone a los Estados ampliar continuamente la gama de delitos por los que se pueden aplicar dichas medidas extrajudiciales, incluidos delitos graves -cuando proceda- el mismo Comité establece que sólo deben utilizarse cuando existan pruebas convincentes de que el niño ha cometido el presunto delito -cf. 18.a)-, lo que confirma la alocución antes vertida en cuanto aun tratándose de dispositivos protectores, la comprobación del hecho y su consecuente procesamiento munido de las garantías de defensa en juicio y debido proceso constituye un recaudo irrefragable para su dictado.

9.- Llama la atención como el procedimiento "penal" previsto por la derogada ley N°9324, inspirada en doctrina de situación irregular, no generó -en algunos operadores- tanto debate y oposición como lo hizo el procedimiento penal para personas no punibles regulado por la actual legislación provincial.

Debemos recordar que la derogada ley disponía un forma de intervención cuya respuesta inmediata era la imposición de medidas de "internación" -privación de libertad- por tiempo indeterminado o hasta la mayoría de edad, lo que implicaba el desconocimiento de la mayoría de los principios derechos y garantías procesales reconocidas en la Convención

Internacional sobre los Derechos del Niños .

En palabras del ex Ministro de la Corte Suprema, Eugenio Zaffaroni, "...como no se puede tratar al no punible dentro del derecho penal, se lo trata peor, en un régimen que es totalmente arbitrario, que intenta tratar al infractor como al abandonado o vulnerable... en primer lugar esto es discrecional, segundo que es inconstitucional y tercero que da lugar a todo tipo de confusiones, porque en definitiva se puede tener internado -privado de libertad- a alguien que no hizo nada y no intervenir con alguien que hizo algo muy grave. Es decir, todo es arbitrario por que el juez lo decide y lo hace de manera discrecional. Lo primero que hay que probarle a una persona no punible es que realmente hizo lo que se le imputa, pero si no se puede probar con al menos las mismas garantías que a un adulto, no se puede disponer arbitrariamente de la libertad de una persona como lo habilita la legislación nacional bajo el eufemismos de la tutela" (Entrevista al Dr. Zaffaroni en Documental *Inseguros, ¿Quiénes son?*, <https://www.youtube.com/watch?v=cjkMkyKfs9o&t=848s>)

10.- Por último, resta señalar las significativas diferencias entre el fallo "H., A. O. s/ infracción ley 23.737" de la Corte Suprema con el régimen establecido por la legislación entrerriana.

En el precedente jurisprudencial analizado, el juez interviniente había decidido convocar a declaración indagatoria a un adolescente de 15 años por un delito que no reviste la gravedad de los enunciados en la normativa provincial.

Asimismo, la decisión del máximo tribunal federal se centró en la orden emanada de un Juez de Instrucción -en el marco de un sistema mixto- de convocar a un adolescente de 15 años de edad para que preste declaración indagatoria en el marco de un proceso penal por tenencia y comercialización de estupefacientes.

Es decir, que la resolución del magistrado se da en la etapa instructoria -con rasgos inquisitivos, generalmente escrita y secreta- que exigía al juez, de modo imperativo, que proceda a un interrogatorio cuando "hubiese motivo bastante para sospechar que una persona haya participado

en la comisión de un delito" (cfme. el art. 294 del Cód. Proc. Penal de la Nación)

La Corte, teniendo en cuenta la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, consideró que el derecho a ser escuchado no es una obligación para el niño, por lo que tiene derecho a no ejercerlo; de ahí que el hecho de ser interrogado obligatoriamente por el juez vulnera esta garantía.

Contrariamente, la normativa procesal penal para personas menores de 18 años de edad de la provincia de Entre Ríos regula un procedimiento penal acusatorio, conforme lo establece la Constitución Nacional y Provincial, definiendo claramente los roles procesales de cada una de las partes.

La legislación local textualmente garantiza que la declaración de una persona menor de 18 años de edad -entre ellos los no punibles- de quien se sospeche que ha participado en la comisión de un delito por los cuales puede ser sujeto a proceso, es un medio de defensa material y no una fuente de información privilegiada y absoluta para el fiscal o para el juez.

Expresamente, se establece en el artículo 91 de la ley que el Estado Provincial garantizará al adolescente imputado o acusado de la comisión o participación en un hecho que la ley tipifica como delito, los siguientes principios, derechos y garantías:

inciso i) A no declarar durante todo el proceso y a no ser llamado a tal fin por ninguna autoridad, pudiendo ser oído personalmente por el juez y/o fiscal interviniente y únicamente en caso de ser expresamente solicitado por el adolescente, contando para ello, bajo pena de nulidad, con la presencia de su defensor;

inciso j) Tendrá derecho a presentar su descargo por escrito. El adolescente podrá prestar declaración, verbal o escrita, en cualquier instancia del proceso, debiendo ser ella recibida, bajo pena de nulidad, previa asistencia técnica;

11.- A modo de reflexión final, me permito señalar que

el sistema de procesabilidad de menores no punibles -reitero- sólo para los delitos dolosos más gravosos del catálogo punitivo, permite realizar un proceso penal acorde a la garantías consagradas en la Constitución Nacional y a los instrumentos internacionales, y fundamentalmente intenta dar una respuesta integral e interdisciplinaria a la compleja realidad que actualmente se presenta cuando un adolescente entra en conflicto con la ley penal.

Además, la "procesabilidad" de menores no punibles puede adquirir una positiva connotación simbólica que proyecta sus efectos al acusado, a la víctima y a todo el tejido social que se ve alterado frente a la comisión de un delito.

Estoy convencida que el tránsito del menor por el proceso penal, en aquellos casos que sea *apropiado y deseable*, posibilita que el o la joven aproveche esa oportunidad para reflexionar, internalizar pautas de conductas, evolucionar y saldar su "deuda" con la sociedad, lo que visibilizará su reincorporación al medio social como ciudadano responsable de sus actos y asumir una función constructiva (cfme. Convención de los Derechos del Niño, art. 40.1)

En definitiva, soy de opinión que la legislación provincial establece un sistema judicial penal juvenil evolucionado, respetuoso de la dignidad de las personas involucradas y consciente de que cuando un adolescente comete un ilícito penal no sólo trasgrede la ley, sino que daña a la víctima, a la comunidad y a él mismo.

De ahí que, con una visión humanista, el régimen provincial reconoce al menor como sujeto de derechos y garantías; construye espacios concretos para que el joven participe y se involucre en el proceso y asuma un rol responsable; y busca solucionar la controversia con una mirada integral e interdisciplinaria.

12.- A la luz de todo lo expuesto, entiendo que el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 77 y 109 de la Ley 10.450 no puede tener favorable acogida.

Consecuentemente, me pronuncio por **rechazar** el recurso de impugnación extraordinario articulado y **confirmar** la sentencia dictada

en fecha 7 de julio de 2023 por la Sala I de la Cámara de Casación Penal.

13.- Con relación a las costas, corresponde que las mismas sean impuestas de oficio (cfme. arts. 584 y 585 del C.P.P.).

Así voto.-

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada, por mayoría, la siguiente:

SENTENCIA:

PARANÁ, 18 de junio de 2025.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede y, por mayoría;

SE RESUELVE:

1º) HACER LUGAR a la **impugnación extraordinaria** articulada por el Defensor Público de Coordinación, Dr. Gaspar I. Reca, contra la sentencia N° 117, dictada por la Sala I de la Cámara de Casación Penal, en fecha 07 de julio de 2023.-

2º) DECLARAR la **INCONSTITUCIONALIDAD** de los arts. 77 y 109 de la ley provincial N° 9.861, incorporados por ley N° 10.450.

3º) ESTABLECER las **costas de oficio** (conf. art. 585).-

Regístrese, notifíquese, oportunamente, bajen.

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada por el señor Vocal, Dr. Miguel A. Giorgio; el señor Vocal, Dr. Daniel O. Carubia y la señora Vocal, Dra. Claudia M. Mizawak, quienes suscribieron la misma mediante firma digital (Ac. General del STJER N° 33/22 del 04.10.22, Pto. 6º c).

Secretaría, 18 de junio de 2025.-

Melina L. Arduino
Sala N° 1 en lo Penal STJER
-Secretaria-

